

العزيز

شرح الوجيز

المعروف بالشرح الكبير

تأليف

الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي

المتوفى سنة ٦٢٣هـ

تحقيق وتعليق

الشيخ علي محمد معوض — الشيخ عادل أحمد عبد الموجود

الجزء العاشر

يحتوي على الكتب التالية:

النفقات - الجراح - الديات

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤١٧هـ - ١٩٩٧م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت

تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) ٠٠

صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH

Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohtory st., Melkart bldg., 1st Floore.

Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98

P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

بسم الله الرحمن الرحيم

كِتَابُ النَّفَقَاتِ

وَأَسْبَابُهَا ثَلاثَةٌ: النِّكَاحُ وَالقَرَابَةُ وَالمِلْكُ، السَّبَبُ الأَوَّلُ النِّكَاحُ، وَفِيهِ ثَلاثَةُ أَبْوَابٍ.

البَابُ الأَوَّلُ فِي قَدْرِ النَّفَقَةِ وَكَيْفِيَّتِهَا، وَفِيهِ فَصْلاَنِ

قَالَ الغَزَالِيُّ: **الفَصْلُ الأَوَّلُ فِي وَاجِبَاتِ النَّفَقَةِ وَهِيَ سِتَّةٌ: الوَاجِبُ الأَوَّلُ الطَّعَامُ وَهُوَ مُدٌّ (ح م و) عَلَى المُعْسِرِ، وَمُدَّان (ح م و) عَلَى المُوسِرِ، وَمُدٌّ وَنِصْفٌ (ح م و) عَلَى المُتَوَسِّطِ، وَلاَ تُعْتَبَرُ الكِفَايَةُ (ح م ز)، وَلاَ يُعْتَبَرُ حَالُ المَرْأَةِ (ح) فِي مَنْصِبِهَا، وَالمُعْسِرُ هُوَ الَّذي لاَ شَيْءَ لَهُ وَهُوَ المِسْكِينُ الَّذِي يَأْخُذُ سَهْمَ المَسَاكِينِ، وَالمُتَوَسِّطُ هُوَ الَّذِي لَوْ كُلِّفَ مُدَّيْنِ لَرَجَعَ إِلَى المَسْكَنَةِ، وَمَنْ جَاوَزَ ذَلِكَ فَهُوَ مُوسِرٌ، وَالمُكَاتَبُ والعَبْدُ مُعْسِرَانِ، وَكَذَا مَنْ نِصْفُهُ (ز) حُرٌّ وَنِصْفُهُ عَبْدٌ، أَمَّا جِنْسُ الطَّعَامِ فَغَالِبُ قُوتِ البَلَدِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَمَا يَلِيقُ بِالزَّوْجِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لوجوب النفقة أسباب ثلاثة: مِلْك النِّكاح، ومِلْك اليَمِين، وَقَرابة البعضية، والأول والثاني يوجبان النفقة للمملوك على المالك دون العكس؛ لاشتغال المَمْلوك وكَوْنِهِ مَحْبوساً برقّه ليتفرَّغ لمالكه، فجبر ما لحقه من التَّعَب بالقيام بمؤنته.

والثالث: يوجب النفقة لكلِّ واحدٍ من الفريقَيْنِ على الآخر لشمول البعضية والشفقة، والأصل في السبب الأول للإجماع؛ فلا خلاف في وجوب نفقة الزوجَاتِ على الأزوَاج في الجُمْلة، ثم احتج له من الكتاب بقوله تعالى: **﴿وَعَلَى المَوْلُود لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة ـ ٢٣٣]** وقوله تعالى: **﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيه رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾ [الطلاق ـ ٧]** وقوله: **﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَنْ لاَ تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَنْ لاَ تَعُولُوا﴾ [النساء ـ ٣]** يقول:

إن خفتم أن لا تعدلوا بيْن النساء، فاقتصروا على واحدةٍ وعلى ما ملكت أيمانكم، فذلك أدنى أن لا تَكْثُر عيالكم، ولا تلزمكم المؤن الكثيرة؛ فدل على وجوب مؤنة العِيَال، وها هنا كلامان:

أحدهما: اعترضوا على تفسير الشافِعِيِّ ـ رضي الله عنه ـ وقالوا: قوله: «أَلاَّ تَعُولُوا» معناه ألا تَجُورُوا؛ لئلا تكثر عيالكم، يقال: عال إذا جار، وأعال إذا كَثُرَ عياله، وأجيب عنْه بأن ما ذكره الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ منقولٌ من جِهَة الأثر عن زيد بن أَسْلَمَ ـ رحمه الله ـ ومن جهة اللُّغَة عن الكسائيِّ ـ رحمه الله ـ وإن كان أعال في العيال أكثر.

والثاني: ذكر الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ ها هنا استحبابَ الاقْتصار على امرأة واحدة، وذلك لِعُسْر العدل والتسوية بينهن، والعَجْز عنه قال الله تعالى: **﴿وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾ [النساء ـ ١٢٩]** وقال الماوردِيُّ: هذا إذا كان تكْفيه الواحدة، ومن لا يقنع بالواحدة لقوة شهوته، فالأَوْلَىٰ به الزيادة؛ ليكون أغضَّ لطرفه.

ومِنَ السنة ما رُوِيَ أن هنْدَ امرأة أبي سفيان جاءت إلى رَسُولِ الله ﷺ، فقالت يا رسول الله إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ لاَ يُعْطِينِي [من النفقة] مَا يكْفِينِي وَوَلَدِي إِلاَّ مَا آخُذُ مِنْهُ سِرّاً، وَهُوَ لاَ يَعْلَمُ، فَهَلْ عَلَيَّ فِي ذَلِكَ شَيْءٌ؟ فَقَالَ: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوف»[1] واستخرج الأصحاب من الخبر وراء وجوب نفقة الزوجة ووَلَدِها فوائِدَ:

منْها: أنه يجوز للمرأة الخُرُوج من بيتها لتستفتي، وأنَّ صَوْتها لَيْسَ بعورة، وأنه يَجُوزُ لِمَنْ مُنِعَ حَقَّه أن يَشْكُو وَيتظلَّم، وأنه يجوز ذِكْر الغائب بما يسوءه عند الحاجة، فإنها وصَفَتْه بالشُّحِّ، وأنه يجوز لِمَنْ له حقٌّ على غيره، وهو ممتنع، أن يأْخُذ من ماله بغَيْر إذنه، وأنه لا فَرْق بين أن يكون من جنْس حقِّه أو من غير جنسه، وأنه يَجُوز للقاضِي أن يَقْضِي بعلْمِه على الغائب وأجيب عنهما: بأنه أفتى ولم يَقْضِ، وأن الأم تكون قيِّمة الوَلَد، فإنه جوَّز لها الأَخْذ والإنفاق في حياة الأَبِ، فكذلك بعْد موته، وهذا وجه قد مر في موضعه، وصححه الجُوَيْنِيُّ في «المنهاج» وأفتى به القاضي الرُّويانيُّ، وظاهر المَذْهَب خلافُهُ، وإذا شهد ذلك، فلا بد في نفقة الزوجات من معرفة ما يجب، وأنَّه كيف تُوَفَّي وأنه متى يجب، ومَتَىٰ يسْقُطُ، وأنه إذا عَجَزَ الزوْجُ عن الواجب، ما الذي تعمل؟ فضمن القول في هذه الأمور في ثلاثة أبواب:

أحدها: في قَدْر الواجب وكيفيته.

---

(١) متفق عليه من حديث عائشة، وله عندهما الفاظ، ورواه الطبراني من حديث عروة بن الزبير عن هند.

والثاني: في الأحوال التي تسقط فيها النفقة.

والثالث: فيمن أعسر، وعجز عن توفية الواجب.

أما الباب الأول: ففيه فصلان:

الفصل الأول: فيما يجب، وهو أنواع:

أحدهما: الطعام؛ أما قدره، فيختلف باختلاف حال الزوج في اليسار والإعسار، ولا يُعْتَبَر فيه الكفاية، ولا يُنْظَر إلى حال المرأة في الزهادة والرغبة، ولا في منصبها وشرفها وتستوي المُسْلمة والذمية والحرة والأمة، واحتج الأصحاب ـ رحمهم الله ـ لأصل التفاوت بقوله تعالى: ﴿**لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ**﴾ أي ضُيِّق.

ثم قالوا: وجَدْنا الشرع قد قَدَّر في الكفارات فأكثر ما أوجب فيها للمسكين الواحد مُدَّيْنِ، وذلك في كفَّارة الأذى وأقل ما أوجب للواحد مد واحد، وذلك في كفارة اليمين والظهار والوقاع في نهار رمضان، فاعتبرنا النفقة بهما؛ لأن كل واحدٍ منْهما مالٌ يجِبُ بالشرع ويَسْتَقِرُّ في الذمة، فأوجبنا على الموسر الأكْثَر، وعلى المُعْسِر الأقلَّ وجعَلْنا المتوسِّط بينهما، وألزمناه مدّاً ونصْفَ مُدٍّ، وقال الإمام ـ رحمه الله ـ ومن نحا نحوه في توجيه المَذْهَبِ: إن نفقة الزوجات ليست على الكفاية كنفقة القريب لأنها تُسْتَحَقُّ في أيَّام مَرَضِها وشبعها، وإذا بَطَلَت الكفاية، حَسُن تقريبها من الكفارات، فالمُدُّ الواحد يَكْتَفِي به الزهيد، ويتبلَّغ به الرغيب والمدان قدر للمتوسِّعين.

والمعتبر مُدُّ النبيِّ ﷺ وهو مائَةُ ودِرْهَم وَثَلاثَةٌ وَسَبْعُونَ دِرْهَمَاً وثلث درهم[1] والمدان ثلاث مائة درهم وستة وأربعون درهَماً والمد والنِّصفُ مائتا درهمِ وستون درهماً. هذا ظاهر المذهبَ، وما وُجِّه به، وثلثا درهم، ووراءه قولان:

أحدهما: عن رواية الشيْخِ أبي مُحَمَّد: أنه يعتبر فيه الكفايَةُ كما في نفقة القَرِيب، وقد يُحْتَجُّ له بما رُوِيَ أنه ﷺ قَالَ لِهِنْدَ: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ»[2].

والثاني: عن رواية صاحب «التقريب»: أن الاعتماد في قَدْر النَّفَقة علىٰ فرض القَاضِي، وعليه أن يَجْتهد، وعند أبي حنيفة، ومالك: أن الاعتبارَ بحَال المرأة، ويختلف القَدْر برغبتها وزهادتها، ويقال: إن النَّظَر عند أبي حنيفة إلى شَرَفِها وضعتها، وعند أحمد: يُنْظَر إلى حال الزوجين جميعاً حتى يَجِبَ على المُوسِر للفقيرة نفقة متوسطة.

والأَمَ يُنْظَرُ في اليَسَار والإعسار والتوسُّط؟ فيه وجوه:

---

(١) قال النووي: هذا تفريع منه على أن رطل بغداد مائة وثلاثون درهماً، والمختار أنه مائة وثمانية وعشرون درهماً وأربعة أسباع درهم، كما ذكرته في باب زكاة النبات.

(٢) تقدم.

أحدها: أنَّ الرجوع فيها إلى العَادَة، وتختلف العَادَةُ باختلاف الأحوال والبلاد، وهذا ما أورده صاحب «التتمة» وغيره.

والثاني: عن القاضي الحُسَين: أن الموسر مَنْ يزيد دخله على خرجه، والمُعْسِر من يزيد خرجه على دخله، والمتوسِّط من يستوي دخله وخرجه، وهذا والأول ما أورده صاحب «التهذيب» والثالث عن «الحاوي»: أن النَّظَر في هذه المراتب في باب النفقة إلى الكَسْب؛ فَمَنْ يَقْدِر على نفقة المُوسِرين في حقِّ نَفْسِه وحق من في نفقته من كسبه، لا من أصْل ماله، فهو موسر، ومَنْ لا يَقْدِر على أن يُنْفِقَ مِنْ كسبه، فهو مُعْسِر، والمتوسِّط هو الذي يَقْدِر علَىٰ أن ينفق من كسبه نفقةَ المتوسِّطين.

وأحْسَنُها، وهو الذي أورده الإمام وصاحب الكتاب: أن من لا يملك من المال شيئاً أصلاً، أو يملك من المال مالاً يُخْرِجه عن استحقاق سَهْم المساكِين، فهو مُعْسر، فإنْ مَلَك ما يُخْرِجه عن استحقاق سهم المساكِين؛ فإن كان لا يتأثَّر بتكليف المدين، فهو موسر، وإن كان يتأثر؛ بأن يرجع إلى حد المسكنة أو كُلِّف بدَيْنٍ، فهو متوسِّط، ولا بد في ذلك من النظر إلى الرُّخْص والغَلاَء.

والقُدْرة على الكَسْب الواسع لا يخرجه عن حدِّ الإعسار في النفقة، وإن كانت تخرجه عن استحقاق سهم المساكين[1]. يُنْظَر في اليسار والإعسار إلى وقت طلوع الفجر، وهو الوقت الذي يجب فيه تَسْلِيم النفقة، فإن كان مُوسِراً حينئذ، فعليه نفقة الموسرين لذلك اليوم، وإن أعسر في أثناء النَّهار. وإن كان معسراً، لم يلزمْه إلاَّ نفقةُ المُعْسِرين، وإن أيْسَرَ بعده، ذكَره في «التهذيب».

وإذا كان الزَّوْج عبداً، فلَيْس عليه إلا نَفَقَةُ المُعْسِرين، وكذلك المكاتَبُ، وإن كثر ماله؛ [لأنه غير أمِّ المِلْك، وفيمن بعْضُه حرٌّ وبعضه رقيقٌ وجهان:

أصحهما: أنه ليْسَ عليه إلا نفقةَ المُعْسرين؛ لنقصان[2] حاله، وإن كثر ماله] ببعض الحر.

---

(١) قال في الخادم: هذا ما قاله الإمام والغزالي، وصرح به البغوي في باب نفقة الأقارب لكن في المهذب والبيان وغيرهما من كتب العراقيين أن القدرة بالكسب كالقدرة بالمال.
قال صاحب الذخائر: ومضمونه أنه إذا كان يقدر على الكسب كان كما لو كان يقدر بالمال وأراد بذلك كما قاله ابن الرفعة نفقة المتوسط أو الموسر إن كان كسبه يفي بها وسبق عن الماوردي فيما نقله الرافعي أن اليسار ليس للمال فيه مدخل، وإنما الاعتبار بالكسب. انتهى.

(٢) وذكر قبل الحضانة ما يخالفه فنقل عن البسيط أن الظاهر أنه يلزمه نفقة القريب وهل يلزمه نفقة تامة أو نصفها. قال النووي: أصحهما نفقة كاملة لأنه كالحر وتشبيهه بالحر يفهم أنه ينفق على الزوجة نفقة الموسر.

والثاني: وبه قال المزنيُّ: أن عليه ببعضة الحُرّ نَفَقَةَ المُوسِرِين، إذا كثر ماله كما أنه يخرج صدقة الفِطْر ببعضة الحر بالقِسْط، فعلَىٰ هذا، لو كان نصفُه حرّاً، ونصفه رقيقاً، فعليه مدٌّ ونصفٌ.

وأما جنس الطعام، فغالب قوت البلد من الحنْطَة أو الأَرز أو التَّمْر أو غيرها، حتى يجب الأَقِطُ في حقِّ أهل البوادي الَّذين يقتاتونه وذلك[١] لأن الله تعالى أوجب النفقة والكسوة بالمعروف، ومِنَ المَعْروف أن يطعمها ما يَطْعَمُ أهلُ البلد، وأيضاً، فالواجب في الفطرة والكفارة الجنس الغالب فاعتبرت النفقة بهما، وعن تخريج ابن سُرَيْج ـ رحمه الله ـ وجهٌ: أنه لا يُنْظَر إلى الغالب، وإنما يُعْتَبَر بما يليق بحال الزوْج إلحاقاً للجنس بالقَدْر، وإذا قلْنا بالظاهر، فلو اختلف قُوتُ البلد، ولم يَكُنْ غالباً، وجب ما يليق بحال الزَّوْج.

وأما لَفْظ الكتاب، فقوله: «وهو مد على المعسر» يجوز أن يُعْلَم بالحاء والميم والألف والواو؛ فإنه إذا اعتبرت الكفاية، أو اعتبر حال الزوجين جميعاً، لم يَتقدَّر الواجب، وأيضاً، فقد حَكَىٰ القاضي ابن كج عن ابن خيران وغيره ـ رحمهم الله ـ: أن النفقة لا تتقدَّر بالمقادير المذْكُورة، ولكن يُتْبَع [فيه] عُرْف الناس في البلد، ويجوز أن تعاد العلاماتُ على لَفْظ المُدِّ، وعلى المد والنِّصْف وعلى قول: «ولا يُعْتَبَر الكفاية»، وكذا قوله: «من نصفه حر» مُعْلَمٌ بالواو والزَّاي.

وقوله: «فغالِبِ قوت البلد» بالواو.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الوَاجِبُ الثَّانِي الأُدْمُ وَهُوَ مِكْيَلَةُ زَيْتٍ أَوْ سَمْنٍ كُلَّ يَوْم تَقْرِيباً، وَرَطْلُ لَحْم فِي الأُسْبُوعِ لِلْمُعْسِرِ، وَرَطْلاَنِ لِلمُوسِرِ، وَقِيلَ: يُزَادُ عَلَيْهِ فِي بَعْضِ البِلاَدِ إِذَا كَانَتِ العَادَةُ تَقْتَضِيهِ، وَلَوْ تَبَرَّمَتْ بِجِنْسٍ وَاحِدٍ مِنَ الأُدْمِ فَلَهَا السَّعْيُ فِي الإِبْدَالِ، وَلَهَا أَنْ تَأْخُذَ الأُدْمَ وَإِنْ لَمْ تَأْكُلْ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يجب على الزوج للزوجة الإدام؛ لأنه مأمور بالمعاشرة بالمعروف، وليس من المعاشرة بالمعروف وتَكْليفها الصَّبْرَ عَلَىٰ الخُبْزِ البَحْث، وجنسه غالب أُدم البلَدَ من الزيت والشيرج والسمن والتَّمْر والخَلِّ والجُبْن وغيرها[٢]، ويختلف ذلك

---

(١) كذا لو كانوا يقتاتون اللبن أو لحم الصيد كما صرح به أبو إسحق المروزي في شرح المختصر وهو قضية قول الشافعي في المختصر، وإن كان ببادية فمما يأكل أهل البادية. وقال ابن عبدان: أوجب الشافعي لها الحب، وعندي يجب لها الخبز. وحكى القاضي الحسين عن بعض الأصحاب أنه إذا كان الأغلب في بعض البلاد أنهم يطحنون الأطعمة بأيديهم لم يفرض لها إلا الدقيق.

(٢) فهم من ذكره التمر والخل والجبن أنه لا يختصر الأدم في أنواع الدهن، وبه صرح سليم في المجرد والماوردي والقاضي الحسين وغيرهم وكلام ابن الصباغ يقتضي حصر الأدم في الأدهان، قال الأئمة: إن كان بالعراق فالأدم فيه الشيرج والزيت، وبخراسان والحجاز فالأدم السمن أو=

باختلاف الفصول، وقد تغلب الفَوَاكِهُ في أوقاتها، فتجب وقد تَعَرَّض لذلك في «التتمة» والوجه المذكور في جنس القوت أنَّه يُنْظَر إلى عادة الزَّوْج دون الغالب يعود في الإدام أيضاً.

وأما ففي لفظ الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ مِكْيَلَةُ زَيْتٍ أو سَمْنٍ، ويقال: إنه أراد بها الأوقية قال الأصْحَاب: وإنما أمر بذلك على التَّقْرِيب، ولا يُتَقَدَّر الأدم بل هو إلى فرض القاضي واجتهاده، فيَنْظُر في جِنْس الأدْم، ويُقَدِّر باجتهاده ما يحتاج إليه المُدْمِنُ الطَّعَام، فَيَفْرِضُهُ على المَعْسِر، ويفرض على المُوسر ضعْفَه، وَيَفْرِضُ [على] المتوسِّط بينهما، ويجب عليه أن يطعمها اللحْمَ أيضاً، وفي كلام الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ: أنه يُطْمِعَها في كل أُسْبُوعٍ رِطْلَ لَحْم، وهو محمول على المُعْسِر وعلى المُوسِر رَطْلاَن، وعلى المتوسِّط رِطْلٌ ونِصْفٌ، وَاسْتُحِبَّ أن يكون الإعطاء يوم الجمعة، فإنه أَوْلَىٰ بالتوسُّع فيه، [ثم] قال الأكثرون: إنما قال الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ؛ على عادة أهل مِصْر؛ لعزة اللحْم عندهم يومئذ، فأما حيث يكثر اللحم، فيزاد على عادة أهل تلْك البلدة، وفصل صاحب «التهذيب» ـ رحمه الله ـ فقال: يجبُ في وقْت الرُّخَص على المُوسِر في كل يوم رَطْلٌ وعلى المتوسِّط في كل يومين أو ثلاثة، وعلى المُعْسِر في كل أسبوع وفي وقت الغلاء يجب في أيامٍ مرةً على ما يراه الحاكم، وقال قائلون: وحكاه الشَّيْخ أبو محمَّد عن القَفَّال: أنه لا مَزيد على ما ذَكَره الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ في جميع البلاد، والحاجةُ تُقَدَّر به، وفيه كفاية لِمَنْ قنع، ويُشْبه أن يقال: لا يجب الأُدْمُ في اليوم الذي يعطيها اللَّحْم، ويكفي ذلك للإيدام، ولم يَتعرَّضوا له، ويُمْكِن أن يقال: إذا أوجبنا على الموسر اللحْمَ في كل يوم، يلزمه الإدامُ أيضاً، ليكون أحدهما غداء، والآخر عشاء على العَادَةِ، ولو تبرمت المرأة بالجِنْس الواحِدِ من الأُدْمِ، فوجهان:

أحدهما: أن على الزوج أن يُبْدِله؛ إذْ لا ضرر عليه فيه، ولا مشقَّة.

وأظهرهما وهو المذكور في الكتاب: أنه لا يَلْزَمُه ذلك، وعلَيْها الإبْدَال إن شاءَتْ[1]، وفي «أمالي أبي الفرج» ـ رحمه الله ـ أيضاً: أنها لو صرفت شيئاً من القوت إلى الأُدْم أو بالعكس أو أبدلت الجِنْس الذي أَخَذَتْه من الأُدْم بجِنْس آخر، فلا بأس، وَلاَ اعتراض للزوج عليها، فإنها متعرِّضة في مِلْكها، وأنَّ من الأصحاب مَن جَوَّز له

= بالشام. قال القاضي الحسين: أو مصر فالزيت. وإنما خص هذه الأدهان بذلك لأنهاأصلح للبدن وأخف مؤنة فإنه لا يحتاج في التأدم بها إلى طبخ وكلفة. وهذا كلام ابن الصباغ وظاهره حصر الأدم في الأدهان.

(١) قال الشيخ جلال الدين البلقيني: محل الوجهين ما إذا كان في البلد أدم غالب فأما إذا لم يكن فالمجاب الزوجة والتعيين إليها قطعاً.

المَنْع من إبدال الأشرف بالأخس، وَلاَ يَسْقط حقُّها عن الأُدْم بأن لا تَأْكُلَهُ، وتقنع بالخبز كما لا يَسْقط حقُّها عن الطعام؛ بأن لا تأكل بعضه، وعلى الوجْه المذكور في أن للزَّوْجِ أن يمنعها من إبدال الأشرف بالأخس له أن يمنعها من ترك التَّأَدُّم بطريق الأَوْلَىٰ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الوَاجِبُ الثَّالِثُ نَفَقَةُ الخَادِمَةِ لِمَنْ يَقْتَضِي مَنْصِبُهَا الخِدْمَةَ، وَلاَ يَجِبُ عَلَىٰ الزَّوْجِ شِرَاءُ خَادِمَةٍ وَتَمْلِيكُهَا، وَلَكِنْ يَجِبُ الإِخْدَامُ بِٱسْتِئْجَارِ حُرَّةٍ أَوِ ٱسْتِخْدَام مَمْلُوكَةٍ أَو الإِنْفَاقِ عَلَى جَارِيَتِهَا، وَلِلْخَادِمَةِ مُدٌّ عَلَىٰ المُعْسِرِ، وَمَنٌّ عَلَى المُوسِرِ وَلاَ مَزِيدَ وَهُوَ قَدْرُ كِفَايَتِهَا فِي الغَالِبِ، وَفِي ٱسْتِحْقَاقِهَا الأُدْمَ وَجْهَانِ، وَلَوْ خَدَمَتْ بِنَفْسِهَا فَلَيْسَ (و) لَهَا نَفَقَةُ الخَادِمَةِ، وَلِلزَّوْجِ أَنْ يَتَوَلَّى الخِدْمَةَ فِيمَا لاَ يُسْتَحْيَىٰ مِنْهُ لِيُخَفِّفَ عَنْ نَفْسِهِ بَعْضَ مُؤْنَةِ الخَادِمَةِ، وَلَيْسَ لَهُ إِبْدَالُ خَادِمَتِهَا المَأْلُوفَةِ إِلاَّ بِرِيبَةٍ، وَلَهُ أَنْ يُخْرِجَ سَائِرَ خَدَمَتِهَا سِوَى الوَاحِدَةِ إِذْ لَيسَ عَلَيْهِ سُكْنَاهُنَّ، بَلْ لَهُ مَنْعُ أَبَوَيْهَا مِنَ الدُّخُولِ، وَمَنْعُهَا مِنَ الخُرُوجِ لِلزِّيَارَةِ، وَالرَّقِيقَةُ المَنْكُوحَةُ الَّتِي تَخْدُمُ لِجَمَالِهَا تَسْتَحِقُّ نَفَقَةَ الخَادِمِ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: النساء صِنفعان:

أحدهما: اللواتي لا يَخْدِمْنَ أنفُسَهُن في عادة البلد، بل يكون لهن من يَخْدُمُهُن، فإذا كانت الزوجةُ منهُنَّ وَجَبَ على الزوج إِخْدَامُها[1]؛ لأنها من المعاشرة بالمعروف، وهو مأمور بالمعاشرة، وأشار المزني ـ رحمه الله ـ إلى اختلاف قَوْلٍ في وجوب الإِخْدَام، وعلى ذلك جرى جَارُونَ، وأثبتوا الخِلاَفَ فيه على ما حكاه أبو الفَرَجِ السرخسيُّ وغيره، والجمهور قطعُوا بالوجوب، وحملوا النُّصوص المُشْعرة بخلافه على ما إذا لم تكن الزوجةُ مِنْ هذا الصِّنْف، ولا فَرْق في وجوب الإخدام بيْن أن يكون الزوج موسراً أو معسراً حرّاً أو مكاتباً أو عَبْداً، والاعتبار بحال المرأة في بيت أبيها دون أن ترتفع بالانتقال إلى بَيْت زوجها، ويليق بحالها؛ بسبب الانتقال أن يكون لها خَادِمٌ، وكذلك هو في تعليقِ الشيْخ أبي حامد، ولا يجب أَكْثَرُ مِنْ خادِمٍ واحدٍ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد؛ لحصول الكفَاية به، وقال مالك ـ رحمه الله ـ: إن كانت مِمَّنْ يخدم في بَيْت أبيها بخادِمَيْنِ أو أكثر، وجب إخدامها بذلك العدد ولا يلزمه تمليك جارية إياها،

---

(١) ما ذكراه في ضابط من لا تخدم نفسها بعادة البلد تبعاً فيه البغوي وغيره وقد قالا بقليل، الاعتبار بحال المرأة في بيت أبيها، وهذا هو الذي ذكره صاحب الشامل وغيره فقال: إن كانت ممن لا تخدم نفسها في بيت أبيها لزمه إخدامها، وفي المعتمد يعتبر حالها بأهل قبيلتها فإن كانوا يخدمون أخدمها وإلا فلا يلزمه.

بل الواجب إخدامها بحرة أو أمةٍ أو مستأْجَرَةٍ أو ينصِب مملوكة [له] تَخْدِمُهَا أو بالاتفاقِ على الَّتي حَمَلَتْها معها من حُرَّة أو أمة ولا يجوز أن يكون الخادِمُ إلا امرأة أو صبيّاً أو مَحْرَماً لها، وفي مملوكها والشَّيْخ الهم اختلافٌ، وفي جواز كون الخادِمِ من أهل الذمَّة وجهان:

عن أبي إسحاق ـ رحمه الله ـ جوازه؛ لأنهم أَذَلُّ نُفُوساً، وأسرع إلى الخدمة.

وعن غيره: المنع؛ لأن النفس قد تعافُهُم، وأيضاً، فلا يُؤْمَن عداوتهم الدِّينيَّة.

ثم في الفصل مسائل:

إحداها: أن أخْدَمَها بحرة أو أمة مستأجرة، فليس عليه إلا الأُجْرة، وإن أخدمها بجاريةٍ، فنفقتها تجِبُ بحقِّ المِلْك، وإن كان يُخْدِمها بكفاية مؤنة خادمتها الحرة أو الأمةِ، فهذا موضع نفقة الخادمة، والقول في جنْس الطعام لهو في جنس طعام المخدومة.

وأما القَدْر، ففي «أمالي أبي الفرج»: أن نفقة الخادم تقدَّر بِمُدٍّ، ولا تختلف باختلاف حال الزوج، والصحيح أنها تختلف، فعلى المُعْسِر مُدٌّ، وإن كان فيه تسوية بين الخادمة والمخدومة في حقِّه، لأن النفس لا تقوم بما دُون المُدِّ غَالِباً، وعلى الموسر مُدٌّ وثُلُثٌ، وفي المتوسِّط ثلاثَةُ أوجُهٍ:

أصحُّهما: أن عليه مدّاً كالمعسر.

والثاني: أن عليه مدّاً وثلثاً كالموسر، حكاه في «البحر»، وغَلَّطَ قائله.

والثالث: قال أبو الفرج السرخسيُّ: استحسن الأصحاب أن يكون عليه مدٌّ وسدُسٌ؛ لتفاوت المراتب في حقِّ الخادمة، كما تتفاوت في حق المخدومة ووجَّهوا التقدير في حق الموسر بالمد والثلث، بثلاثة طرق:

أشهرها: أن للخادمة والمخدومة في النفقة حالَةَ كَمَالٍ، وحالة نُقْصَانٍ. وهما في حالة النقصان يستويان، وفي حالة الكمال يُزَاد للمفضولة ثلث ما يزاد للفاضلة، كما أن للأبوين في الميراث حالتا كمالٍ ونقصانٍ، وهما في حالة النُّقْصَان، وهو أن يكون للمَّيت ابْن يستويان فيكون لكل واحدٍ منهما السُّدُسُ، وفي حالة الكمال، وهو إذا انفردا، يكون المال بينهما أثلاثاً، فيزاد للأم ثلث ما يزاد للأبِ.

ويُحْكَىٰ هذا عن القفَّال الشاشيِّ ـ رحمه الله ـ.

والثاني: أن نفقة الخادمة على المتوسِّط ثُلُثَا نفقة المخْدُومة، لأنَّ نفقة المخدومة عليه مدٌّ ونصفٌ ونفقة الخادمة مدٌّ تفريعاً على الصحيح، فكذلك ينبغي أن تكون نفقة الخادمة على الموسر ثُلُثَيْ نفقة المخدومة علَيْه، وثُلُثَا المُدَّيْنِ مُدٌّ وثُلُثٌ.

والثالث: أن الموسِرَ زادت نعمةُ اللَّهِ عليه فيليق به الزيادةُ في الإنفاق، والنَّظَر إلى الثلث قريبٌ كما قال رسول الله ﷺ: «اللَّهُ تَعَالَىٰ أَعْطَاكُمْ ثُلُثَ أَمْوَالِكُمْ فِي آخِرِ أَعْمَارِكُمْ» قال في «البسيط»: وهذه المسالك بأصول أبي حنيفة أشبه منها بأصولنا، لكن لمّا تطلبت الكفايةُ، اكتفوا بمثل هذه التفريعات، وفي «الوسيط» أن الشافعيَّ ـ رضي الله عنه ـ ذكر المُدَّ والثُّلُثَ على التقريب، وأن الصحيح يُنْظَر إلى كفايتها، وهذا القَدْر قَدْرُ كفايتها في الغالب، ويليق بالعادة في حق الخادمة.

وقوله في الكتاب: «وهو قدر كفايتها في الغالب» يشير إلى نحوٍ مِنْ هذا، وهو غير ملائم لما ساقه الأصحاب.

والثانية: هل تَسْتَحِقُّ الخادمة الأُدْمَ فيه وجهان:

أحدهما: ويُحْكَىٰ عن ابن أبي هريرة: لا، ويكتفي بما يَفْضُلُ من المخدومة.

وأصحُّهما: الاستحقاق كما في المخدومة، وذلك لأن العيش لا يتم دونه، وعلى هذا فجنسه جنس أُدْمِ المخدومة، وفي النوع وجهان:

أحدهما: أنه يُسوَّىٰ بينهما فيه، كما في الجنس.

وأصحُّهما: وينسب إلى النصِّ: أنَّه يُجْعَلَ جنس أدم المخْدُومة أجود للعادة، وطُردَ الوجهان في نوع الطعام أيضاً، وفي استحقاق الخادمة اللحْمَ وجْهان، وربما بُنيا على الوجْهَيْن في التسوية في الإدام، إن قلنا: إن إدامها مثل إدام المخدومة، فلها اللحم، وإلا فلا يَجِب، وأما قدر إدامِها، فيُجْعَل بحسب الطعام.

الثالثة: لو قالت: أنا أَخْدُمُ نَفْسِي، وطلبت الأجرة أو نفقة الخادم، لم يلزمه ذلك؛ لأنها أسْقَطَتْ مربيتها، وله أن لا يَرْضَىٰ بذلك؛ لأنَّها تصير متبذِّلةً، وأشار في «البسيط» و«الوسيط» إلى خلافٍ فيه، وإذا قلْنا بالظاهر، فلو توافقا على ذَلِكَ، ففي «التتمة»: أنه على الخلاف في الاعتياض[1] عن النفقة، ولو قال الزوج: أنا أخدُمُها، وأراد إسقاط مؤنة الخادمة، فوجهان:

أحدهما: وبه قال أبو إسحاق، واختاره الشيخ أبو حامد: أن له ذلك؛ لأنَّ الخدمة حقٌّ عَلَيْهِ، فله أن يوفيه بنَفْسِه وبغيره، وعلى هذا، فالواجب إخدامها بأحد الطرق التي سَبَقَتْ، أو أن يَخْدُمَهَا بنفسه.

---

(١) ووجه الشبه أنها استحقت عليه الإخدام فأخذته عوضاً عن نفقة الخادم فصارت كما إذا استحقت الطعام والأدام فأحدث عنه العوض، وظاهر كلام الإمام والغزالي الاعتياض. قال في المطلب: فإن صح ما ذكره من التخريج بطل ما ذكره من التعليل. انتهى وعلى الجواب فيظهر أن لا يصح إلا يوماً بيوم.

وأظهرهما: المنع؛ لأنها تستحي منه وتتعيَّر به، وعن القَفَّال وغيره: أن له ذلك فيما لا يستحي منه، كغسل الثوب واستيقاء الماء وكنس البيت وطبخ الطعام، دون ما يرجع إلى خدمة نفسها كصب الماء على يَدها، وحمله إلى المستحم ونحوهما، لأنها تحتشمه وتَسْتَحْيِي منه، وهذا ما ذكره في الكتاب؛ حَيْث قال: وللزوج أن يتولَّىٰ الخِدْمَةَ فيما لا يُسْتَحْيَىٰ مِنه» وهو كوجه ثالثٍ فارقٍ، وفيه إشعار ظاهِرٌ بأن النوعين جميعاً من وظيفة الخادمة، وبُنِيَ عليه أنه إذا تولَّىٰ بنفسه ما لا يُسْتَحْيَىٰ منه فقد تَحْمِل بعض أعمال الخادمة، فهل تَسْتَحِقُّ النفقة التامَّة؟ فيه وجهان؛ بناء على أن السَّيِّد إذا سلَّم الأمة المزوجة ليْلاً، واستخدمها نهاراً، هل تَسْتَحِقُّ تمام النفقة؟ وأنا إذا قلْنا: لا تَسْتحقُّ التمام، فيحتمل أن نشطر ويحتمل أن تُوزَّع على الأفعال، وإلى هذا أشار بقوله في الكتاب: «ليخفف عن نفسه بعض مُؤْنَة الخادمة» لكن فيه كلامان:

أحدهما: ذكر أبو الفرج الزاز أن الذي يَجِبُ على الزَّوْج كفايته في حق المخدومة الشريفة؛ الطَّبْخ والغَسْل ونحوهما، دون حمل الماء إليها للشُّرْب، وحمله إلى المستحم، والترفُّعُ عن ذلك مَحْضُ رعونةٍ، لا عبرة بها.

والثاني: في «التهذيب»: أنا نَعْنِي بالخدمة في الباب ما يَئُولُ إلى حاجتها؛ كحمل الماء إلى المستحمِّ، وصبه على يَدِهَا وغسل خرق الحيض ونحوها، فأما الطبخ والغَسْل والكنس، فلا يجب شَيْءٌ منها على المرأة، ولا على خادمتها، بل هو على الزوْج، إن شاء فعله بنفسه، وإن شاء، بغيره، فالكلامان متفقان على النوعَيْنِ جميعاً لا يتوظَّفان على الخادمة، حتى يُفْرَض توزيع النفقة، وتخفيف بعض المؤنة، والاعتماد من الكلامَيْن على ما في «التهذيب»[1] دون الأوَّل ويُخَرَّج مِمَّا ذكَرْناه أن للزَّوْج أن يتولَّىٰ ما لا يُسْتَحْيَىٰ منه بلا خلاف، والخلافُ مخصوصٌ بما يُسْتَحْيَىٰ منه.

الرابعة: لو تنازعا في تعيين الخادمة التي تخدمها من الخادمة التي يستأجرها الزوج لِخِدْمتها أو الجارية التي يُخْدِمُها من جواريه فوجهان:

أحدهما: أن المُتَّبَع اختيارها؛ لأنَّ الخِدْمَةَ لها، وقد تكون التي عينتها أوفق لها وأسرع إلى الامتثال.

وأظهرهما: أن المتبع اختياره؛ لأن الواجب عليه يَكْفِيهَا الخدمة دون أن تكفي تلك المعيَّنة، وهذا كما أنه لا يجوز تطليقه توفير النفقة من طعام معيَّن، ولأنه قد تدخله ريبة وتهمة تختارها هذا في الابتداء.

---

(١) قال النووي: الذي أثبته الزاز من الطبخ والغسل ونحوهما هو فيما يختص بالمخدومة والذي نفاه البغوي منهما هو فيما يختص بالزوج كغسل ثيابه، والطبخ لأكله ونحوه، والطرفان متفق عليهما، فلا خلاف بين الجميع في ذلك.

فأما إذا توافقا على خادمة، وألِفَتْها أو كانت قد حملت خادمة مع نفسها، فأراد إبدالها، لم يجز؛ لأن قطْعَ النَّفس عن المألوف شديدٌ، إلا إذا ظهرت ريبة أو خيانة، فله الإبدال.

ولو أرادت استخدام ثانية وثالثة من مالها، فللزوج أن لا يرضى بدخولهن داره، وكذا لو حَمَلَتْ مَعَها أكثر من واحدة، فله أن يَقْتَصِر على واحدةٍ، ويخرج الأخريات من داره، وهٰذَا كما أنَّ له أن يكلِّفها إخراج مالها من داره، وأن يمنع أبوَيْها من الدخول عليها، وأن يُخْرِجَ ولدَهَا من غيره إذا استصحبته معها.

الخامسة: إذا كانت المنكوحةُ رقيقةً، لكنها ذاتُ جمالٍ تُخْدَمُ في العادة، فهل يجب إخْدامها فيه وجهان:

أحدهما: نَعَمْ[(١)]؛ للعادة.

وأظهرهما: واقتصر الأكثرون على إيراد[ه]: المنع؛ لأنها ناقصةٌ بالرِّقِّ وحقُّها أن تَخْدُمَ دون أن تَسْتَخْدِم.

وقوله في الكتاب: «نَفَقَةُ الخَادِمَةِ» المراد منها مؤنة الإخدام، والنفقة في الحقيقة مخصوصةٌ ببعض الأحوال على ما تَبيَّن، واعلم بالواو؛ لقول من أثبت خلافاً في وجُوبِ الإخدام.

وقوله: «ومنعها من الخروج للزيارة» صحيح في نفسه، إلا أنه لا يلائم المقصود ها هنا، فإن المقصود أن الدار مِلْكُه، فله مَنْع الغَيْرِ مِنْ شغلها وسكانها، والمنع من الخروج ليس من هذه الجهة.

وقوله: «والرقيقة المنكوحة» هذا هو الصحيح، وقد يوجد في النسخ «والرقيقة المملوكة» وهو غَلَطٌ.

الصِّنْفُ الثاني: من النساء اللواتي يَخْدِمْنَ أنْفُسَهُنَّ في العادة، فإذا كانت الزوجة منهن، نُظِرَ؛ إن احتاجت إلى الخدْمة؛ لِزَمَانَةٍ أو مرض، فعلَىٰ الزوج إقامةُ مَنْ يَخْدِمُهَا ويُمَرِّضُها، وإذا لم تَحْصُل الكفاية بواحدة، فيزاد بحسب الحاجة، ولا فرق ها هنا بين أن تكون المنْكُوحة حُرَّةً أو أمةً، وهذا ما أطلقه الشافعيُّ - رضي الله عنه - وأكثر الأصحاب في المَرَضِ.

ومنهم: مَنْ فصَّل أمر المَرَضِ، وقال: إن كان المرض دائماً، وجب الإخدام؛ لأن العذر الدائم لا ينقص عن مراعاة الحشمة، وإن لم يكن دائماً، لم يجب كأسباب

---

(١) لم يصرح الرافعي بحكاية طريقين. بل قال فيه وجهان: أحدهما: نعم للعادة وأظهرهما لا، واقتصر الأكثرون على إيراد المنع. انتهى ولا يلزم من الإيراد القطع.

المعالَجة، وعلى هذا جرى المتلقون عن الإمام - رحمهم الله - وإن لم يكن بها عذر محوج إلى الخِدْمة، فليس عليه الإخدام، ولو أرادت أن تتخذ خادمةً بما لها، فله منْعُها من دخول داره، قال في «التتمة»: وعلى الزوج أن يَكْفِيَهَا حمل الطعام إلَيْهَا، وحمل الماء إلى المنزل، وما أشبه ذلك.

فَرْعٌ: المبتوتة الحامل، هل تَستحق نفقة الخادمة؟ فيه وجهان، بناهما ابن المرزبان على أن النفقة للحمل أو للحامل؟ إن قُلْنَا بالأول، لم تجب، وإن قلنا بالثاني، وجَبَتْ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الوَاجِبُ الرَّابِعُ الكُسْوَةُ وَهِيَ فِي الصَّيْفِ خِمَارٌ وَقَمِيصٌ وَسَرَاوِيلُ وَمُكَعَّبُ، وَفِي الشِّتَاءِ يَزِيدُ الجُبَّةَ، وكُلُّ ذَلِكَ مِنْ لَيِّنِ البَصْرَةِ لِلْمُوسِرِ أَعْنِي الكِرْبَاسَ، وَمِنْ غَلِيظِهِ لِلْمُعْسِرِ، وَمَا بَيْنَهُمَا لِلْمُتَوَسِّطِ، وَإِنْ كَانَ مِنْ عَادَتِهَا الحَرِيرُ وَالكَتَّانُ لَمْ يَلْزَمْ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ فَإِنَّهُ رُعُونَةٌ، وَلاَ بُدَّ مَعَ ذَلِكَ مِنْ مِلْحَفَةٍ وَشِعَارٍ وَمُضَرَّبَةٍ وَثِيرَةٍ وَمِخَدَّةٍ وَلِبَدٍ تَحْتَهُ أَوْ حَصِيرٍ، وَهَلْ لَهَا طَلَبُ زِلِّيَّةٍ تُفرَشُ، نَهَاراً؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلاَ بُدَّ مِنْ آلَةِ الطَّبْخِ وَآلَةِ الشُّرْبِ مِنْ كُوزٍ وَجَرَّةٍ وَقِدْرٍ وَمِغْرَفَةٍ، وَيَكْفِي أَنْ يَكُونَ مِنَ الخَزَفِ وَالحَجَرِ وَالخَشَبِ، وَكُسْوَةُ الخَادِمَةِ أَخْشَنُ جِنساً، وَطَعَامُهَا مِثْلُ طَعَامِ المَخْدُومَةِ، وَفِي جِنْسِ إِدَامِهَا تَرَدُّدٌ، وَتَسْتَحِقُّ الخَادِمَةُ الخُفَّ دُونَ المَخْدُومَةِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يجب على الزَّوْج كسوةُ زوجته على ما قال تعالى: **﴿وَكِسْوَتُهُنَّ بِالمَعْرُوفِ﴾** [البقرة - ٢٣٣] ويُرْوَىٰ أنه سئل رسولُ الله ﷺ عن حقِّ الزوجة على الزَّوج، فقال: «أَنْ تُطْعِمَهَا إِذَا طَعِمتَ وَتَكْسُوهَا إِذَا اكْتَسَيْتَ»(١) ولأن الكسوة كالقوت في أن البَدَن لا يقوم إلا بهما، ولا تقاس الكسوة ها هنا بالكُسْوة في الكفارة؛ لأن هناك يَكْفِي ما يقع عليه الاسم، وها هنا لا يكْفي بالإجماع، ويجب على قَدْر كفاية المَرْأة، فيختلف بطُولها وقِصَرها وهُزَالها وسمنها، واختلاف البلاد في الحَرِّ والبَرْدِ، ولا يختلف عدد الكُسوةِ، باختلاف يسار الزوج وإعْسَاره، لكنهما يُؤَثِّران في الجودة والرداءة [و]في كلام أبي الفرج وإبراهيم المروزي: أنهُ يُنْظر في الكسوة إلى حال الزوجَيْن جميعاً، فيجب عليه ما يُلْبس مثْلُه مثلَها في العادة، ثم لا بد من بيان عدد الكُسْوة وجنسها.

أما العَدَد، فيجب في الصيف قميصٌ وسراويلُ وخمارٌ، وما تلبسه في الرِّجْل من

---

(١) أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجة [١٨٥٠] والحاكم [٢/ ١٨٨]، من حديث معاوية بن حيدة، وزادوا في آخره: ولا تقبح ولا تهجر إلا في البيت، وقد علق البخاري هذه الزيادة حسب، وصححه الدارقطني في العلل.

مكعَّبٍ أو نعل وفي الشتاء يزاد جُبَّة مَحْشُوَّة تَدْفَع البرد، وقد يقام الإزار مقام السِّراويل، والفَرْو مقام الجُبَّة، إذا كانت العادة لُبْسَها، ذكره في «التتمة» وعن «المنهاج» للجوينيِّ: أن السراويل لا تَلْزَم في الصيف، وإنما تلزم في الشتاء، لدفع البرد، وفي «الحاوي» أن نساء أهل القُرَىٰ إذا جرت عادتهن بأن لا يلبسن في أرجلهن شيئاً في البيوت لم يَلْزَم لأرجلهن شيء، ويجوز أن يُعْلَم لذلك في الكتاب لفظ «السراويل» و«المكعب» بالواو، وأما الجنس فقد ذكر الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ أن الموسر يُعْطِيَ جميع ذلك من لَيِّن البصْرة، أو الكوفة أو وَسَطَ بغْدَاد[١]، والمُعْسِر من غليظها، والمتوسِّط ما بينهما، وأراد المتَّخَذ من القطْن، فإن جَرَتْ عادة البلد بالكَتَّان، [أو الخَزِّ] أو الحَرِيرِ، فوجهان:

أحدهما: ويُحْكَىٰ عن الشيخ أبي محمَّد ـ رحمه الله ـ: أنه لا يلزم ذلك [بل له الاقتصار] على القطْن.

وأصحُّهما: اللزوم على عادة البلد.

ويفارق بين الموسر والمعسر في مراتب ذلك الجنس.

قال الأصحاب: وإنما ذكر الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ ما ذَكَر على عادة ذَلِكَ الوَقْت[٢].

نَعَمْ، ولو كانتِ العادةُ لُبْسَ الثياب الرقيقة، كالقصب الذي لا يصلح ساتراً، ولا تصح فيه الصلاة، فلا يعطيها منه، ولكن من الصفيق الذي يَقْرُب منه في الجودة، كالدبيقي والكَتَّان المرتفع.

فرع: قال أبو الفرج السرخسي: إذا لم تستغْنِ بالثياب في البلاد الباردة عن الوقود، فيجب من الحَطَب أو الفَحْم بقدر الحاجة. هذا هو الكلام في ملبوس البَدَن.

وأما ما يُفرَشَ، فعلى الزوج أن يُعْطِيها ما تفرشه على الأرض للقُعُود عليه، ويختلف ذلك باختلاف حالِ الزَّوْج.

قال في «التَّتمة»: فعلى الغنيِّ الطنفسة في الشتاء ونِطْع في الصيف، [وعلى المتوسِّط زِلِّيَّةٌ، وعلى الفقير وحصير في الصيف] ولبد في الشتاء، ويُشْبه أن تكون الطنفسة والنِّطْع بعد بسط زِلِّيَّة أو حصير، فإن الطنفسة والنطع لا يُبْسَطَان وحْدهما[٣]، وهل عليه فراش لتنامَ علَيْهِ؟ فيه وجهان.

---

(١) الظاهر أنه لم يرد توسط المكان الذي هو جوفها بل نوعاً من القطن اسمه وسط ولهذا قال الشافعي في المختصر: وسط البغداديين، وعلى هذا فهو معطوف على لين البصرة لا على الكوفة.

(٢) وهذا التأويل فيه نظر بل لم يقل الحرير ونحوه موجوداً ملبوساً للنساء من أهل اليسار في كل قطر فالظاهر إجراء نص الشافعي على ظاهره. وإن خالفه جمهور الأصحاب.

(٣) الطنفسة بفتح الطاء والفاء وكسرهما وكسر الطاء وفتح الفاء ثلاث لغات حكاهما صاحب الانتصار في لغة الطاء وهي بساط صوف.

=

أحدهما: لا، وتنام على ما يَفْرشه نهاراً.

وأصحُهما: نعم، على العادة[١] الغالبة، وعلى هذا، فيلزمه مُضَرَّبَة وَثِيرَةٌ أو قطيفةٌ، ولم يذكروا خلافاً في أنه تجب مِخَدَّة ولِحَافٌ؛ لدفع البرد في الشتاء وفي البلاد الباردة أو كساءٌ هكذا قيد الأئمة ـ رحمهم الله ـ بالشتاء، وإن أطلق ذكْر الملحفة في الكتاب، ويكون كل ذلك لامرأة الموسر من المرتفع، ولاَمْرأة المعسر من النازل، ولامرأة المتوسِّط مما بينهما، وحكى صاحب الكتاب عن العراقِيِّين وجهَيْن في أنه هل يَجِبُ لها زِلِّيَّةٌ تفرش نهار أو ربما أفهم إيرادُه كَوْن الزِّلِّيَّة غير اللبد أو الحصير تحت المُضَرَّبة، والمفهوم من كلام الجُمْهور أن المَفْرُوش على الأرض من الزِّلِّيَّة، إما اللبد أو الحصير واحدٌ ليلاً ونهاراً، والذي يوجَدُ الخلافُ فيه من كتب العراقيِّين الفراشُ دون الزِّلِّيَّة، ويجوز أن يُعْلَم؛ لِمَا حكيناه لفْظ «المضربة» بالواو، أما «الشعار» الذي ذكره في هذه الجملة فالأكثرون سكتوا عنه، ويمكن أن يُخصِّص الشِّعَار بالصيف، كما يخصِّص اللحاف بالشتاء، ويمكن أن يقال: في الشتاء يجب الشِّعَار مع اللِّحَاف، كما يجب القَمِيص مع الجُبَّة، والحُكْم في جميع ذلك مبنيٌّ على العادة نَوعاً وكيفيَّةً، حتى قال القاضي الرويانيُّ في «البحر»: لو كانوا لا يعتادون في الصَّيْف لنومهم غطاءً غير لباسهم، لم يلزمه شيْءٌ آخر، ثم في الفَصْل مسألتان:

إحداهما: علَىٰ الزوْج للزوْجَة: آلات الطبخ والأكل والشرب كالكوز والجرة والقدر والمغرفة والقَصْعَةَ ونحوها، ويكفي أن يكون من الخشب أو الحَجَر أو الخَزْف،][٢] وذكر الإمام وغيره: أنه يُحْتَمَل ألا يُزَاد في الجنْس على ذلك، ويقال: إن الزيادات من رُعونَات الأنفس، ويحتمل أن يجب للشريفة الظروف النحاسية للعادةِ، واعلم أنه لا اختصاص لِهَذا النَّوع بفصل الكُسْوة، والأَوْلَىٰ أن يجعل كحالة للطعام والإدام، أو يجعل جنساً برأسه.

= والزلية بكسر الزاي وتشديد اللام جمعها الزلالي. قاله في التحرير تبعاً للجوهري وفي شرح الجمل لعبد الدايم القيرواني الصواب زِلّ وهو وجه مطرح غير مبطّن وأصله بالفارسية زيلوهُ فعرب فقيل زل وهو مستعمل في العراق في دخول الحمام وفي الأسفار. انتهى.

واللبد بكسر اللام وإسكان الباء، والنطع بكسر النون وفتح الطاء بوزن عنبَ في أفصح لغاته السبع. والنطع بفتح الطاء وكسرها لغتان بساط من الأديم والجمع أنطاع ونطوع.

(١) قال الشيخ البلقيني: هذا عكس ما يوجد في التصانيف، فإن الموجود في التصانيف من الطريقين الجزم بوجوب فراش النوم، ثم منهم من يذكر الخلاف في ايجاب شيء يفرشه بالنهار، ومنهم من يجزم بأن ذلك الذي للنوم يفرشه بالنهار، ومنهم من يجزم بوجوبها، ولم أر أحداً أوجب ما يجلس عليه نهاراً جزماً وذكر الخلاف في فراش النوم.

(٢) سقط من: ز.

الثانية: يجب للخادمة الكُسْوةُ كالنفقة، فلا بُدَّ من القميص، وفي السراويل وجْهَانِ:

أصحُّهما: عند صاحب «التهذيب» والقاضي الرويانيِّ: الوجوب.

والثاني: لا يجب؛ لأن المقصود من السراويل الزينةُ وكمال الستر، والخادمةُ لا تحتاج إلى الزينة، ولا إلى كمال السِّتْر، إذا كانت أمةً، فإنَّ ساقها ليست من العَوْرَة، وكلام أكثرهم إلى هذا أَمْيَلُ، وأَطْلَقَ مُطْلِقُون وجوبَ المقنعة وفي «التتمة»: أنها تجب في الشتاء لدفع البَرْدِ، وفي الصيف: تجب إنْ كانت حرَّةً وإن كانَتْ أَمَةً فلا تجب، إذا كانت عادة الإماء في البلد كَشْفَ[1] الرأس، وتجب في الشتاء جُبَّة أو فروة ويَجب الخف للخادمة[2]، ولا يجب للمخدومةِ، لأن الخادمة تحْتَاجُ إلى الخروج، والنُّقْلة في الحوائج، ويجب لها ما تَلْتَحِف به عند الخروج أيضاً، وأما ما يُفْرَش ويُنَام فيه، فقد قال المتولِّي: لا بد مِنْ شَيْء تَجلْسِ علَيْه كبارية في الصيف، وقطعة لبد في الشتاء، ولا بد من مِخَدَّة وشَيْءٍ تَتَغَطَّى به في الليل من كساءٍ ونحوه، قال في «البحر»: ولا يجب لها الفراشُ، بلِ يَكْتَفِي بالوسادة والكساء[3]، ما يجب يجب مما يليق بالخادمة جنْساً ونوعاً، ويكون أَخْشَنَ من كُسْوة المخدومة، وإن كان الطعام لا يختلفون وفي الإدام خلاف ذكرناه منْ قَبْل، وأورده صاحب الكتاب ها هنا، وقوله في الكتاب: «وكلُّ ذَلِكَ مِنْ لَيِّنِ البَصْرة يعني الكرباس مذكور على التمثيل، يعني من لَيِّنْ البصرة أو الكوفة، أو ما في معناهما، والبَلْدَانِ مذكوران في لفْظِ الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ واسم «الكِرْبَاسِ» قد يختص بالنوع الغليظ الذي يختص بالخَادِمَة، ويستعمل مقابلة اللَّيِّن، وكذلك وقع في لفظ الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ.

وقوله قبل ذلك «خمار وقميص وسراويل» أراد بالخمار المقنعة، وقد يختص اسم «الخمار» بما يجعل فوق المقنعة؛ ولذلك ذكر بعضُهُمْ أنَّه يجب في الشتاء الخمارُ مع المقنعة، إذا وقعتِ الحاجة إلَيْه، وقياس مسائلِ البابِ أن تَجِبَ الزيادةُ على الجُبَّة الواحدةِ، حيث يشتد البرْدُ، ولا تكفي الواحدة[4].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الوَاجِبُ الخَامِسُ آلَةُ التَّنْظِيفِ وَهُوَ المُشْطُ وَالدُّهْنُ، وَلاَ يَجِبُ

---

(١) قال النووي: الصحيح القطع بالوجوب مطلقاً.

(٢) أي بخلاف الزوجة كما قاله الماوردي. قال: لأن له منعها من الخروج.

(٣) وما قاله في البحر تابعه فيه ابن الصباغ لكن الأصح ما قاله المتولي، وبه جزم الماوردي.

(٤) وهذا الذي أبداه تفقهاً صرح به صاحب الكافي فقال: وفي الشتاء جبة أو جبتان على قدر شدة البرد، وقد حكى الرافعي عن السرخسي ما هو أبلغ من ذلك، وهو أنا إذا قلنا لم يستغن في البلاد الباردة عن الوقود يجب لها من الحطب والفحم بقدر الحاجة.

الكُحلُ وَالطِّيبُ، وَيَجِبُ المرتك لِلصُّنَان، وَلِلزَّوْجِ مَنْعُهَا مِنْ تَعَاطِي الثُّومِ وَمَا لَهُ رَائِحَةٌ مُؤْذِيَةٌ وَمِنْ تَنَاوُلِ السُّمِّ، وَهَلْ لَهُ المَنْعُ مِنَ الأَطْعِمَةِ المُمَرِّضَةِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلاَ تَسْتَحِقُّ الدَّوَاءَ لِلمَرَضِ، وَلاَ أُجْرَةَ الحِجَامَةِ، وَلاَ أُجْرَةَ الحَمَّامِ إِلاَّ إِذَا اشْتَدَّ البَرْدُ، وَالخَادِمَةُ لاَ تَسْتَحِقُّ آلَةَ التَّنْظِيفِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وعلى الزوْج أن يعطي الزوجة ما تتنظف به وتزيل الأوْسَاخ الَّتي تؤذيها أو تُؤذي بها؛ كالمُشْط والدُّهْن[1] وما تغسل به الرأسَ من السِّدْر أو الخطمي أو الطِّين، على عادة البقعة، والرجوع في قَدْرها إلى العادة، ويجب من الدُّهْن ما يعتاد استعماله غالباً، كالزيت والشيرج وغيرهما، وإن كانوا يعتادون التطيب بالورد أو البنفسج، وجب المطيب وأبدى الإمام وغيره احتمالاً في الدُّهْن، إذا قال الزوج: هو للتحمُّل والتزين، وأنا لا أريده، والمشهور الأوَّل، وما يُقْصَد للتلذُّذ والاستمتاع، كالكحل والخِضاب[2] فلا يجب على الزوْج بل ذلك إلى اختياره، فإنْ شاء هَيَّأه لها وإذا هيأ لها أسباب الخضاب، لزمها الاخْتضَاب، ومِنْ هذا القبيل الطِّيبُ، ولا يجب إلا ما يقصد به قطع السهولة، ويجب المرتك، وما في معناه لدَفْع الصُّنَان، إذا لم ينقطع بالماء والدّراب، وحكى فيه بعْضُ أصحاب الإمام وجهاً آخر.

وأما قوله: «وللزوج منعُها من تعاطِي الثُّوم [وأكل] ما له رائحةٌ مؤذيةٌ» فهذا فيه قولان، ذكرناهما في أوَّل الجنْس الرابع مِنْ موانع النِّكاح، والأصحُّ ما ذكره في الكتاب وليُعْلَم للقول الآخر، وأما قوله: «ومن تناول السُّمّ» فهذا لا خلاف فيه؛ فإنه إهلاك للنفس، وهو مُحرَّم، ولكلِّ واحدٍ أن يَمْنَعَ منه، وهل له المَنْعُ من تناول الأطعمة التي يخاف منْها حدُوث المَرَض؟ فيه وجهان؛ لأنه لا يتحقَّق، والأصحُّ على ما ذكره القاضي الرويانيُّ وغيره أن له المَنْعَ.

ولا تستحق الزوجة الدواء للمرض، ولا أجرة الطبيب والفِصَاد والحجام والختان، بخلاف المُشْط والدُّهْن، ووُجِّه ذلك بأن الزوج بمثابة المُكْتَري والمرأة بمثابة المُكْرِي،

---

(١) أطلق المصنف ذلك فشمل الدهن للرأس والبدن وهو الذي ذكره الماوردي. وقال الشيخ في التنبيه: الدهن للرأس نعم.
قيد الماوردي ذلك حيث يعتاد في البلاد الحارة، وسكت المصنف رحمه الله عن الصابون وعن البغوي أنه يجب لها الأشنان والصابون لغسل الثياب وتبعه في الكافي وزاد في كل أسبوع أو غيره. نقله في الخادم. ثم قال: والأشبه ضبطه بالعادة وهي تختلف باختلاف الأقوال.

(٢) قال ابن الرفعة: كذا قرن الكحل بالخضاب، وفي الحاوي أن ما يراد منه للزينة كالإثمد يجب على الزوج الإتيان به وعبارة الحاوي: وأما الكحل فما كان منه للزينة كالإثمد فهو على الزوج لأنه من حقوق الاستمتاع وما كان للدواء فعليها كسائر الأدوية.

والدواء وما في معناه لحفظ البدن، ومؤناتُ حفْظِ الأصْلِ على المُكْرِي كعمارة الدار، والمُشْطُ والدُّهْنُ للتنظيف، ومؤنة التنظيف على المُكْتَرِي كغسل الدار وكنسها.

نعم، يلزمه الطعام والأُدمْ في أيام المرض، ولها صرف ما تأخذ إلى الدواء ونحوه، إن شاءت.

وأمَّا أجرةُ الحَمَّام، فقد أشار بعْض أصحاب الإمام إلى خِلاَفٍ في وجوبها، والذي أورده في الكتاب أنَّه لا يجب إلا إذا اشتد البَرْدُ وعَسُر الغسل إلا في الحَمَّام، والظاهر، وهو الذي أورده صاحب «التهذيب» والقاضي الرويانيُّ وغيرهما: أن أجرة الحمَّام تَجِبُ إلا إذا كانت المرأة مِمَّن لا يعتادون دخُولَ الحمَّام؛ كأهل بعض الرساتيق، وإذا وجَبَت، فعند [صاحب] «الحاوي» ـ رحمه الله ـ أنها تَجِبُ في كلِّ شهر مَرَّةً، ولا يجب على الزوج[1] ثمن ماء الاغتسال، إذا احتيج إلى الشراء إن كانت تغتسل مِنَ الاختِلام، وكذا لو كانَتْ تغتسل من الحَيْض في أصح الوجهين، ويجب إن كانت تغتسل من الجماع أو من النفاس في أصحِّهما؛ لأن الحاجة إليه جاءت مِنْ قَبلِهِ، ويُنْظَر على هذا القياس في ماء الوضوء إِلَىٰ أن السَّبَب مِنْ جهته؛ كاللمس أو ليس من جهته.

ولا يجب عليه أن يُضَحِّيَ عن زوجته، نذَرَتِ التضحية أو لم تنذر، ولا يجب للخادمة آلات التنظيف لأنها لا تَتنظَّف له، بخلاف المخْدُومة، بل اللائق بحالِ الخادمة أن تكون شعثة؛ لئلا تمتد إليها الأعْيُنُ، لكن لو كثر الوسخ، وتأذَّت مِنَ الهَوامِّ، فعليه أن يعطيها ما تترفَّه به، استدركه القفَّال، واستحسنُوه، وأطْلَق صاحب العِدَّة وجهَيْن؛ في أنه هل يعطي الخادمة المُشْط والدُّهْنَ ولهذا يجوز إعلام قوله في الكتاب: «والخادمة لا تستحق آله التنظيف» بالواو.

وفي وجوب تجهيز الزَّوْجة، إذا ماتَتْ وجهان مذكورانِ في الجنائز، ويَجْرِيَان في تجهيز الخادمة ورأى في «التتمة» وترتيبهما على الوجهَيْنِ في المخدومة؛ لأن عُلْقَةَ النكاح تَبْقَىٰ بعْدَ الموت في التوارُث والغسل، فكذلك [في] التجهيز.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الوَاجِبُ السَّادِسُ: السُّكْنَىٰ وَعَلَيهِ أَنْ يُسْكِنَهَا دَاراً تَلِيقُ بِهَا إِمَّا بِعَارِيَةٍ أَوْ بِإِجَارَةٍ أَوْ مِلْكٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ومما يجب على الزوج تهيئة المَسْكَن للزوجة؛ فإنه لا بد منه، وقد سَبَق أن المُعتدَّة تستحقه؛ فالمنكوحة أَوْلَىٰ، ويجب أن يُسْكِنَها المَوْضِع الذي يليق بحالها في العادة، فالتي لا يليق بحالها [في العادة] الخَانُ، لا بد من إسكانها في دارٍ أو حُجْرةٍ، ويُنْظَر أيضاً إلى سَعَتها وضِيقِها، وذكر في الفرق بينه وبين القوت حيْثُ نَظَرْنا

---

(١) في ز: المرأة.

فيه إلى جانب الزوج أن الواجب في القوت التمليكُ، فراعنا فيه جانبه، وفي المسكن المعتبر الإمتاع دون التمليك، وطَرِدَ هذا الافتراقُ فيما يجب فيه التمليك وما لا يجب.

وفي «التتمة» أنا إذا اعتبرنا المَسْكَن الذي يليق بها فيفاوت بين الغني والفقير كما في النفقة وهذا يتضمن النَّظَر إلى الجانبين معاً، ولا يُشْترط أن يكون المَسْكَن مِلْكاً له، بل يجوز إسكانها في المنزل المستعار والمستأجر بالاتفاق.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الفَصْلُ الثَّانِي فِي كَيْفِيَةِ الإِنْفَاقِ أَمَّا الطَّعَامُ فَيَجِبُ فِيهِ تَمْلِيكُ الحَبِّ وَمُؤْنَةُ الطَّحْنِ وَالخَبْزِ وَإِصْلاَحُ اللَّحْمِ، وَلَيسَ لَهُ أَنْ يُكَلِّفَهَا الأَكْلَ مَعَهُ، فَإِنْ كَانَتْ تَأْكُلُ سَقَطَ نَفَقَتُهَا عَلَىٰ أَحْسَنِ الوَجْهَيْنِ، وَيَجُوزُ أَنْ تَعْتَاضَ الدَّرَاهِمَ عَنِ النَّفَقَةِ قَبْلَ القَبْضِ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، فَإِنْ أَخَذَتِ الخُبْزَ فَهُوَ أَوْلَىٰ بِالمَنْعِ لِمَا فِيهِ مِنَ الرِّبَا، وَلَهَا طَلَبُ النَّفَقَةِ صَبِيحَةَ كُلِّ يَوْمٍ، وَلَيسَ عَلَيْهَا الصَّبْرُ إِلَىٰ اللَّيلِ، وَلَوْ مَاتَتْ فِي أَثْنَاءِ النَّهَارِ لا يُسْتَرَدُّ، وَلَوْ نَشَزَتْ يُسْتَرَدُّ، وَلَوْ سَلَّمَ إِلَيْهَا نَفَقَةَ أَيَّامٍ مَلَكَتْ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ثُمَّ يُسْتَرَدُّ بِالنُّشُوزِ، وَهَلْ يُسْتَرَدُّ بِالمَوْتِ فِيهِ وَجْهَانِ، أَمَّا الكِسوَةُ فَيَكْفِي فِيهَا الإِمْتَاعُ دُونَ التَّمْلِيكِ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ كَالمَسْكَنِ والأَثَاثِ، وَلَوْ سَلَّمَ إِلَيْهَا كُسْوَةَ الصَّيفِ فَتَلِفَتْ فِي يَدِهَا أَوْ أَتْلَفَتْ فَعَلَيهِ الإِبْدَالُ إِنْ قُلْنَا إِنَّهُ إِمْتَاعٌ وَلَكِنْ عَلَيْهَا قِيمَةُ المُتْلَفِ، وَإِنْ مَاتَتْ فِي أَثْنَاءِ الصَّيفِ يُسْتَرَدُّ إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ إِمْتَاعٌ، وَإِنْ قُلْنَا: تَمْلِيكٌ فَوَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: غرض الفصل بيان كيفية الإنفَاق وَتَوْفِيَةُ الواجبات المذكورة، وهي صِنْفان:

أحدهما: ما ينتفع به باستهلاكه؛ كالطعام، وفيه مسائل:

إحداها: يجب التمليك في الطعام، كما في الكفَّارة، وكذا حُكْم الإدام، وما يُسْتَهْلك من آلة التنظيف، كالدهن والطِّيب[1]، وإذا أخذت المرأة نفقتها فلها إبدال المأخوذِ، والتصرف فيه بالبيع والهبة وغيرهما، لكن لو قترت على نفسها بما يَضُرُّ بها فله المنع، ونفقةُ الخادمة يجب فيها التمليك أيضاً، وذكر صاحب الكتاب أن في تصوُّره عُسْراً؛ لأن الرقيقة لا تَمْلِك، والحرَّة المستأجرة بأُجرة لا تستحق إلا الأجرة، وإنما يُتصوَّر ذلك في حرة وعُدَتْ بأن تَخْدُم بالنفقة، فتطالب كل يوم بالنفقة كالمرأة، وتستحق التمليك، وإن لم يكن ذلك عقْداً لازماً، وكان لها أن ترد النفقة إذا بَدَا لَهَا،

---

(١) قضيته اشتراط الإيجاب والقبول فيه، وفي البيان قبيل باب الإعسار بالنفقة أن أصحابنا البغداديين قالوا: إن الذي يستحق عليه دفع النفقة والكسوة ولم يذكر أحد فيهم أنه يجب عليه أن يملكها ذلك. وأما المسعودي فقال: يجب عليه أن يملكها الحب. انتهى وكلام الشيخين يوافقه كلام المسعودي وهو الظاهر.

وهذا مأخوذ من الإمام في غالب الظَّنِّ، ولك أن تقول: قد تَقدَّم أن موضع نفقةِ الخَادِمة ما إذا أَخْدَمَها بخادمتها المملوكة أو الحُرَّة، غير المستأجرة فإن كانَتْ مملوكةً لها فيملكها نفقتها، كما يملكها نفقة نفسها، وإن كانت حُرَّةً، فيجوز أنْ يقال: يُمَلِّكُها نفقتها، كما يَمْلِك الزوجةُ نفقَتَها، وتستحق المرأةُ المطالبة بذلك، لتَوفُّر حقِّ الخدمة، ويجوز أن يقال: يملك الزوجة؛ لتَدْفَعَهَا إلى الخادِمَة؛ وعلَىٰ هذا، فلها أن تتصرَّف في المأخوذِ، وتكفي مؤنة الخادمة من مالها.

ولو أَخَذَتِ الزوجةُ النفقةَ فَتَلِفَتْ في يدها أو سُرِقَتْ، لم تَلْزَمِ الزَّوْجَ مرةً أخرَىٰ.

الثانية: الذي يجب تمليكه من الطَّعَام الحَبُّ، كما في الكفَّارات لا الخُبْز والدَّقِيق، فإنهما لا يَصْلُحان لكل ما يَصْلُح له الحَبُّ فلو طلبت غير الحَبِّ، لم تَلْزَمْه الإجابة، ولو بذل غيره من خُبْزٍ ودقيقٍ ودرهم وثوب، عوضاً، لم يلْزَمْها القَبُول، وهل عليه مع [الحَبِّ مؤنةُ][1] الطَّحْنِ والخَبْزِ؟ فبحصول ما قيل فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو الذي أورده القاضي ابن كج: أنها لا تلزم كما في الكفارات.

والثاني: عن الحاوي: أن المرأة إن كانَتْ من أهل السواد الَّذين عادتهم الطَّحْن والخَبْز بأنفسهم، لم تجب المؤنة على الزَّوْج، وإن كانَتْ من غيرهم، وجَبَتْ.

وأظهرها، وهو الذي أورده في الكتاب: أنها تجب؛ لأنها في حبسه، فعليه أن يكفي مؤنتها بخلاف ما في الكفارات؛ وعلى هذا، فيلْزَم مؤنة طَبْخ اللَّحْم، وما يُطْبَخ به، ولو باعت الحَبَّ المأخوذ أو أكلته حَبّاً، ففي استحقاق مؤنة الإصلاح احتمالان للإمام:

أحدهما: الاستحقاق؛ لِأَنَّهُ بعض ما وَجَبَ عليه.

وثانيهما: المنع؛ لِأَنها تجب تبعاً للحَبِّ؛ فلا تُفْرَد بالإيجاب وقد يؤيِّد ذلك بأنهم ذكَرُوا أن الزوج يُخيرُ بين أن يبذل المؤنة مع الحَبِّ، وبين أن يكفيها مؤنةَ الطَّحْنِ والخَبْزِ بنفسه، أو بأن يقيم لذلك مَنْ يتولاه، ولو مكناها من التصرُّف في المأخوذ وطلب المؤنة، بطلت خيرته.

وليس له أن يُكلِّفها الأكْل معَه لا مع التمليك ولا دونه؛ لأنها حينئذٍ لا تَتَمكَّن مِنَ التصرُّف فيه كما تريد، ولو كانت تأكُلُ معَهُ علَىٰ العادة، ففي سقوط نفقتها وجهان:

أقيسهما: وهو الذي ذكره الرُّويانيّ في «البحر»: أنها لا تسقط، وإن جَرَيَا على ذلك سِنِينَ؛ لأنه لم يُؤَدِّ الواجب، وتَطوَّع بما ليس بواجب.

والثاني: تسقط؛ فإنه اللائق بالباب، وسماه أحسن الوجهَيْن؛ لجريان الناس عليه

(١) في ز: الخصومة.

في الأعمال، واكتفاء الزوجات به، وقال في «الوسيط»: لو طلبت المرأة النَفَقَةَ للزمان الماضي، والصورة هذه، لا تُستنكر، و[بنى] بعضهم هذا الخلاف على الخلاف في المعاطاة، هل تَجْعَل بيعاً؟ وقال: إن جعلْناه بيعاً برئت ذمته عن النفقة، وإلا لم تبرأ، وعليها غرامةُ ما أَكَلَتْ، ولْيكُنْ هذا مُفَرَّعاً على جواز اعتياض الخُبْز عن النفقة؛ ليجعل ما جرى قائماً مقام الاشتراط، وفي جواز الاعتياض خلافٌ سيأتي - إن شاء الله تعالى - ثم الوجهان فيما إذا كانت المرأة بالغةً أو صغيرةً، وكانت تأْكُلُ معَهُ بإذْنِ القَيِّم، فأما إذا لم يأْذَنِ القيِّم، فالزَّوْج متطوِّع، ولا تسقط [نفقتها][1] بلا خلاف[2].

ولو اعتاضت عن النفقة دراهم أو دنانير أو ثياباً ففي جوازه وجهان:

وجه المنع: أنه طعام يَثْبُت في الذمة عوضاً، فلم يَجُزْ الاعتياض عنه قبل القَبْض، كالمُسلَّم فيه، وأيضاً، فهو بَيْع طعام في الذمة فأشبه بيْع طعام الكفَّارة.

ووجه الجواز وهو اختيار أبي إسحاق، والأصحُّ[3] أنه طعام مستقِرٌّ في الذمة لمعيَّن، فأشبه المعاوضة مع الطعام المغصوب المُتْلَف، ويُخرَّج عليه المُسلَّم، فيه، فإنه غير مستقر، وطعام الكفارةُ فإنه لا يستقر لمعيَّن، ولو اعتاضت عنه الخُبْزَ أو الدقيقَ أو السَّوِيق، فوجهانِ أيضاً: ووُجْهَ الجَوَاز بأنَّها تستحق الحَبَّ والإصلاح، فإذا أخذَتِ الطعام المصلح، فقد أخذت حقَّها لا عوضه، وأيضاً قد يَشُقُّ عليها تكلف الإصلاح والمعالجة، وعليه بَذَلُ المؤنة.

---

(١) في ز: بعضها.

(٢) قال الشيخ البلقيني: كلامه يشمل الحرة والأمة والرشيدة والسفيهة. أما الأمة فقد ذكرها في فرع في الظرف الرابع فيمن له حق الفسخ وصحح ما اقتضاه كلامه هنا خلافاً للمتولي.
وأما السفيهة فينبغي أن يكون حكمها حكم الأمة كما جعل قبض السفيه والعبد في عوض ما خالعا عليه واحداً. وإن اعتبر هناك الإذن. وإن كانت السفيهة كالأمة لا يحسن قول المنهاج إلا أن تكون غير رشيدة ولم يأذن وليها في النفقة. انتهى كلام الشيخ في حاشيته. وقال في التدريب: ولو أكلت السفيهة مع زوجها على العادة سقطت نفقتها وإن لم يأذن الولي خلافاً لما في المنهاج فتزويجه في ذلك إذن كالأمة لا إن كان المتزوج غير ولي المال. انتهى.

(٣) محل الخلاف ما إذا اعتاضت عن النفقة الماضية، أما إذا اعتاضت عن النفقة المستقبلة فلا يصح التعويض قطعاً لأن النفقة الماضية دين فيصح التعويض عنه بخلاف المستقبلة فإنه بيع ما لم يجب، وموضع صحة الاعتياض عن النفقة الماضية إذا كانت دراهم أو دنانير مثلاً إذا كانت معينة أو في الذمة أو قبضها في المجلس فأما إذا تفرقا قبل قبض ما في الذمة فإنه يبطل ما جرى من الاعتياض، ولو عين في المجلس ما في الذمة ويفترقا قبل قبضه.
قال في الخادم: فقضية ما سبق في الاستبدال الجواز واختار بعض فقهاء العصر المنع، لأنه لم يخرج بذلك أنه لو أقر لزوجته كذا من الدراهم عوضاً عن نفقتها لا يصح هذا الإقرار وكذلك في الكسوة.
قال الزركشي: ينبغي أن يصح تخريجاً من تعقيب الإقرار بما يرفعه انتهى.

والمنع بما سبق، وأيضاً، فإن بَيْع الحِنْطة بالخبز والدقيق رِباً، ورتب في الكتاب لهذا المعنى الخلاف في اعتياض الخُبْز على الخلاف في اعتياض الدَّرَاهم، وجعَلَهُ أَوْلَىٰ بالمنع، وإلى ترجيح المنع ذهب أصحابنا العراقيُّون، وتابعهم القاضي الرُّويانيُّ وغيره، وأجاب صاحب «التهذيب» بالجواز، ولم يذكر فيه خلافاً مع حكاية الخلاف في اعتياض الدراهم والدنانير، والأوَّل أقوم.

ولا يجوز الاعتياضُ عن النفقة للزمان المستقبل، ولا أن تبيع النفقة [الحالة] من غير الزوج [قبل قبضها] بحال.

الثالثة: النفقة تستحق يوماً فيوماً، ولها المطالبة بها صَبِيحة كل يوم، إذا طلع الفجر، هكذا ذكره الأصحاب، وفي «المهذب»: إذا طلعت الشمْسُ[1]، ولا يلزمها الصبر إلى الليل؛ لأنها تحتاج إلى الطَّحْن والخَبْز، فلو لم تُسلِّم إلَيْها في أوَّل النَّهار، لم تنله عند الحاجة.

ولو ماتَتْ في أثناء النَّهار، أو طلَّقها، لم يكن له الاسترداد، ويكون المدفوع من تركتها لوجُوبه بأول النهار، ولو ماتت أو طَلَّقها في أثناء النهار، ولم يَدْفع إليها نفقة اليوم، كانت دَيْناً عليه، هذا هو ظاهر المذهب المشهور وفي كتاب القاضي ابن كج حكاية وجه: أن له الاسْتِرْدَادَ وإن نشزت في أثناء النهار، فله الاسترداد[2]، وكأن ذلك لِمَنْعِها من النشوز، ولو سَلَّم إليها نفقة شَهْرٍ أو أيامٍ، فهل تَمْلِك الزيادة على نفقة اليوم؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن سبب الاستحقاق غَيْرُ متَيَقَّن، فقد يموت أو تموت.

وأشبههما: وهو ظاهر ما قاله ابن الحدَّاد: أنها تملكها كالأجرة والزكوات المُعَجَّلة؛ وعلى هذا، فلو نشزت، ليسترد نفقة المدة الباقية، ولو ماتت [أو] طلقها، فوجهان؛ تفريعاً على ظاهر المذهب [في] نفقة اليوم الواحد:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة: أنه لا يسترد؛ لأنها صلةٌ اتصل بها القبض.

وأصحُّهما: الاسترداد، وبه قال أحمد ـ رحمه الله ـ لأنه دفع عما يلْزَمه، ويستقرُّ عليه في المستقبل، فإذا تبيَّن خلافه، استرد كالزكاة المعجَّلة، وإذا قلْنا: لا تملك ما زاد على نفقة يوم واحد، فكلما دخل يوم، مَلَكَتْ مقدار نفقته ونفقة الخادمة في وقْتِ

---

(١) قال في الخادم: يستثنى من إطلاقهم يوماً فيوماً ما لو أراد سفراً طويلاً فإن البغوي قال في فتاويه: إن لامرأته مطالبته بنفقتها لمدة ذهابه ورجوعه كما لا يخرج إلى الحج حتى يترك لها هذا القدر، واستشكله في الخادم واستبعده ونقل عن الأصطخري حكاية قولين وأنه رجح المنع.

(٢) محل القطع بالاسترداد أن يسترد ما بعد النشوز أما استرداد ما قبل النشوز ففيه خلاف والأصح نعم.

وجوبِ التسليم، وفي استرداد المُسلَّم إليها كنفقة المخدومة بلا فرق.

القسم الثاني: من الواجبات: ما ينتفع به مع بقاء عَيْنِهِ، كالكُسْوة، وفي وجوب تمليكها وجهان:

أحدهما: لا يجب، وبه قال ابن الحدَّاد؛ لأن عين الكسوة لا تُمْلَك في الانتفاع، فيُعْطَىٰ امتاعاً لا تمليكاً كالمَسْكَن والخَادم.

ويقال: إن هذا قضيَّة نصه في «الإملاء»، وهو اختيار القَفَّال.

وأصحُهما: على ما ذكر صاحب «المهذب» والتهذيب والقاضي الرويانيُّ، ويُنْسَب إلى النص: أنه يجب لها كما في النفقة، والإدام، وكما في كُسْوة الكفَّارة، وليست الكُسْوة كالمَسْكَن، فإن الكُسْوة تُدْفَع إليها، والمسكن لا يدفع إليها وإنما يسكنها الزوج معَه، ويجري الخلاف في كُسْوة الخادمة وطرده صاحب «التهذيب» في كل ما يُنْتَفَعُ به مع بَقَاء عينه؛ كالفُرُشِ وظروف الطعام والشراب والمُشط من آلات التنظيف، وألحق صاحب الكتاب في «البسيط» الفُرُشَ والظروف بالمسكن، وأخرجهما عن حيز الخلاف، وهو قضية قوله ها هنا «كالمسكن والأثاث»، ويتفرَّع على الخلاف المذكور صُوَرٌ تَقدَّم عليها: أن الكسوة تُدْفَع إليها في كل ستة أشهر[1]، ثم تُجدَّد كُسْوة الصيف للصيف، وكُسوة الشتاء للشتاء، وأما ما يبقى سنة وأكثر؛ كالفرش والبُسُط والمشط، فإنما تُجدَّد في وقْت تجديدةً، وكذلك جُبَّة الخَزِّ والإِبْرِيسَم، لا يجدد في كل شتوة، وعليه تطريتها على العادة.

وأما الصور، فمنها:

لو سلَّم إليها كُسْوة الصيف، فتَلِفَتْ في يدها قَبْل مُضِيِّ الصيفِ مِنْ غير تقْصِير، فعليها الإبدال، إن قلنا: الواجب في الكُسْوة الإمتاع، وإن أوجبنا التمليك، لم يَلْزَمْه[2]

---

(١) التقدير بستة أشهر لم أجد له دليلاً وغاية ما ذكره العراقيون في توجيهه أن العادة أن الثياب تبلى في هذا القدر من الزمان.
وقضية هذا التعليل عدم الوقوف مع التحديد وتعليق الحكم بما يغلب عرفاً ولا شك أن الأقطار تختلف بل النسوة يختلف حالهن في إيلاء الثياب وبقائها لأجل كثرة الامتهان أو قلته وضعف البدن وقوته وخفة اللبس وكثرته، والبلاد تختلف لفرط الحر أو البرد فلو كان كذلك فالواجب التجديد عند البلاء والحاجة بحسب عادتهم من غير تجديد بزمن معين.

(٢) قال الشيخ البلقيني: لا اختصاص لذلك بالزوجة بل المطلقة طلاقاً بائناً إذا كانت حاملاً ودفع لها كسوة فصل ثم وضعت الولد بعد شهر ونحوه لم يسترجع منها ما دفعه إليها على الأصح كما لو مات وصرح بذلك النووي في فتاويه.
ثم قال الشيخ: لكن إذا طلقها في أثناء الفصل قبل أن يدفع لها الكسوة أو مات أحدهما فهل يقال=

البدل؛ لأنه قد وَفَّىٰ ما عليه، فأشبه ما إذا مَلَّكها النفقة فتلفت في يَدِها، وذُكِر وجه ضعيفٌ: أنه يلزمه البدل؛ لأن المقصود الكفاية.

فلو أَتْلَفَتْ هي بنَفْسِها، لم يلزم الإبدال، إن قلْنا بالتمليك وإن قلنا بالإمتاع، فعليها قيمة ما أتلفت، وعليه الإبدال، وأورد في «البسيط» احتمالاً فيه أَخْذاً من وجوب التجديد، إذا طَلَّق الأب بعْد الإعفاف، قال: ولكن هٰذا إنما يتَّجه في أنها، هل تُطَالِب قَبْل أن تَضْمَنَ القيمة؟ ولا يتَّجه في الأصْل، فإنها إذا ضَمِنَتْ ما أتْلَفَتْ، فكأنها لم تُتْلِف بخلاف الأب، ولو تَخرَّقَت الكُسْوة قبل مجِيْء وقْت التخرق؛ لكثرة تردُّدها فيها، وتحامُلِها عليها، فهو كما لو أتلَفَتْها.

ومنها: لو سَلَّم إليها كُسوة الصَّيْف، فماتَتْ في أثنائه أو مات الزوج، أو طَلَّقها، [فيسترد]، إنْ قلنا: إنَّ الواجب الإمتاع، وإن قلنا: الواجب التمليك، فلا يسترد، والصيف بالنسبة إلى كُسْوة الصيف، كاليوم بالنسبة إلى النفقة، هذا هو الظاهر.

وفيه وجْه: أنها تُسترد؛ لأنه أعطاها للمدة المستقبلة، فأشبه ما إذا أعطاها نفقَةَ أيَّام، ويمكن تنزيل وجْه الاسترداد على الوجه القريب الذي ذكره القاضي ابن كج في نفقةِ اليوم الواحد مَعَ تسليم أن كُسْوة الصيف كنفقة اليوم.

ومنها: إذا لم يَكْسُها مدَّةً، صارت الكُسْوة دَيْناً عليه، إن أوجبنا التمليك، وإن قلنا: إن الواجب الإمتاع، لم تَصِرْ دَيْناً.

ومنها: لا يجوز الاعتياض عن الكسوة على وجْه الإمتاع، كما لا يجوز للقريب أن يعتاض عن النفقة، وعلى وجه التمليك في جواز الاعتياض الخلافُ المذكور في الاعتياض النفقة، قاله في «التتمة».

ومنْها: لو أعطاها كُسْوة الصَّيْف، فمضى الصيف، وهي باقيةٌ لرفقها بها، فعليه كُسْوة الشتاء، إن قلنا بوجوب التمليك.

= يجب الكسوة كلها لنفقة اليوم أم ينضبط فيه احتمال، والقياس إيجاب الكل ولا يهول بأن يحصل ذلك بعد مضي لحظة من الفصل لأن ذلك جعل وقتاً للإنجاب لا فرق بين أن يمضي بعده كثير من الزمان أو قليل أو لم يمض شيء والقول بالتقسيط وإن كان يظهر في مبادىء الرأي إلا أنه يلزم عليه الفرق بينه وبين النفقة، والفرق بينه وبين ما إذا دفع، ثم حصل فراق وأيضاً فالتقسيط في النفقة لم يعهد إلا على وجه في الأمة والحرة لو سلمت نفسها ليلاً ونهاراً وأما تقسيط الكسوة فليس بمنقول فيرجع بمقتضى ذلك إيجاب الكل والله أعلم.

وعليه لو نشزت في أثناء الفصل استرد وعلى التقسيط يسقط من النشوز لا قبله وإطلاق الحاوي إليه يقتضي سقوط الكل في النفقة والكسوة فيدل لإيجاب الكل في مسألة الموت والطلاق.

وعلى الوجه الآخر: لا يلزمه إلا ما يزاد للشتاء، حتى يَبْلَىٰ ما عندها.

ومنها: أن له أن يأخذ المدفوع إليها ويعطيها غيره على وجْه الإمتاع، ولا يجوز على وجْه التمليك إلا برضاها ما لو ألبسها ثياباً مستعارةً أو مستأجرة، لم يجُز على وجْه التمليك، ولَها أن لا تَرْضَىٰ بها، ويجوز على وجّه الإمتاع، فلو تَلِفَ المستعارُ، فالضمان على الزوج.

ومنها: لا يَصِحُّ منها بيْعُ المأخوذ على وجْه الإمتاع، ويصحُّ على وجْه التمليك كما في القوت والأُدْم؛ وعلى هذا، فعن أبي إسحاق: أن لها أن تلبس ما دون المأخوذ، كما في النفقَة، والظَّاهِر المنع؛ لما للزوج من غرض التزيُّن[١] والتجمُّل، والله أعلم.

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ:

البَابُ الثَّانِي فِي مُسْقِطَاتِ النَّفَقَةِ

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَتَجِبُ النَّفَقَةُ بِالعَقْدِ بِشَرْطِ عَدَمِ النُّشوزِ، وَعَلَى قَوْلٍ تَجِبُ بِالتَّمْكِين، فَعَلَىٰ هَذَا لَوْ تَنَازَعَا فِي النُّشوزِ فَعَلَيْهَا بَيِّنَةُ التَّمْكِينِ، وَعَلَىٰ القَوْلِ الأَوَّلِ عَلَيْهِ بَيِّنَةُ النُّشوزِ، وَتَسْتَحِقُّ الَّتِي لَمْ تُزَفَّ عَلَى القَوْلِ الأَوَّلِ إِذَا كَانَتْ سَاكِنَةً إِذْ لاَ نُشوزَ، وَلاَ تَسْتَحِقُّ عَلَىٰ الثَّانِي إِذْ لاَ تَمْكِينَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مقدِّمة الباب أنَّ النفقة تَجِبُ بالعَقْدِ أو بالتمكين.

اعلم أن الشيْءَ قد يَثْبُت في الذِّمَّة ويتأخَّر وجوب تسليمه كالدَّيْن المؤجَّل، ولا خلاف في أن وقْت وجوبِ التَّسْليم في النفقة صبيحةُ كلِّ يوم، وفي الكُسْوة أول كُلِّ صيف وشتاء على ما مَرَّ، وذلك بعد حصول التمكين.

وأما وقْت ثبوتها في الذِّمَّة فلا شك أن للنفقة تعلُّقاً بالعقد والتمكين جميعاً، فإنها لا تجب قبل العقد، ولو نشزت بعد العقد، لم تُطَالِبْ بالنفقة، واختلف القول في أنها بم تَجِبُ؟ فالقديم أنها تجب بالعَقْد، كالمَهْر، ولا تجبُ بالتمكين؛ بدليل وجوبها للمريضة والرتقاء، لكن لو نَشَزَتْ، سقَطَتِ النفقة، فالعقد مُثْبِت، والنشوزُ مُسْقِطٌ، فإذا حصل التمكين، استقر الواجب يوماً فيوماً، كالأجرة المعجَّلة، إلا أن الأجرة يَجِبُ

---

(١) نقل الشيخ في المهذب عن الماوردي تفصيلاً في المسألة فقال: إن أرادت بيعها بما دونها في الحال لم يجز لأن للزوج حقاً في جمالها وعليه ضرر في نقصانه ونازعه صاحب الوافي بأن صاحب الحاوي لم يضفه إلى نفسه.

تسليمها بالعَقْد جملةً؛ للعلم بها، وجملةُ النفقة غَيْرُ معلومةٍ؛ لأن نهاية النكاح غيْر معلومة.

والجديد: أنها لا تجب بالعقد؛ لأن المهر يجب به، والعقد لا يوجب عوضَيْن مختلفين، ولأن النفقة مجهولة الجملة، والعَقْد لا يوجب مالاً مجهولاً وإذا لم تجب بالعقد فتجب بالتمكين يوماً فيوماً[1].

وما حال القَوْلَيْن؟ قال أبو الفرج السرخسيُّ: هما مذكوران في «الإملاء».

وقال قائلون: هما مستخْرَجَان من معانِي كلام الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ غير منصوص عليه، ويدل عليه شيئان:

أحدهما: أن أبا نصر بْنَ الصَّبَّاغ في آخرين: ذكروا أن القديم مأخوذٌ من تجويزه في القديم ضمانَ نفقة المدة المستقبلة، فإن الشافعيَّ ـ رضي الله عنه ـ لا يُجَوِّز ضمان ما لم يجب، لكن قد مر في «كتاب الضَّمان» نَقْلُ قول عن القديم: أنه يجوز ضمان ما لم يَجِبْ.

والثاني: عن صاحب «الحاوي»، ونقل اختلاف الأصحاب في تجويزه عن سبب النفقة، فالبغداديون علَّقوها بالتمكين، وجعلوا سبْق العقد شرطاً، فقالوا: تجب بالتمكين المستند إلى العَقْد، والبصريون قالوا: تجب بالعقد؛ بشرط التمكين، فَرَدَّ الأمر إلى كلام الأصحاب، وتصرُّفِهِم، ثم ذكر في الكتاب من فوائد القولَيْن صورَتَيْن:

إحداهما: لو اختلفا في التمكين، فقالت المرأة: مكنَتَ وسلمت نفسي إليك [منْ] وقْت كذا، وأنكر ولا بينة، فإنْ قلْنا: إن النفقة تجب بالتمكين، فالقول قول الزوج، وعليها البيِّنة؛ لأن الأصل عدم التمكين، وهو الأصح، وإن قلْنا: تجب بالعقد، فالقول قولها؛ لأن الأصل استمرارُ ما وَجَبَ بالعَقْد، وهو يدَّعي السقوط، فعليه بيِّنة النشوز المُسْقِط. هذا هو المشهور، وأشار الرُّويانيُّ إلى طريقةٍ قاطعةٍ بأن القول قوْلُ الزوج.

ولو تَوَافَقَا على تسليمها نَفْسَها، وقال الزوج: قد أدَّيت نفقة المُدَّة الماضية، وأنكرتِ الزوجة، فالقول قولُها، سواءٌ كان الزوج حاضراً عندها أو غائباً، وعن مالك ـ رحمه الله ـ: أنه إذا كان حاضراً عندها، فالقول قولُهُ؛ لأن معاشرتها إياه تَدُلُّ على أخذها النفقة.

---

(١) مقابل الجديد ليس قديماً محضاً ففيه قول في الجديد نص عليه في البويطي وأنه أحب القول للشافعي وقال الشيخ البلقيني: البائن الحامل من الزوج لو عقد عليها فهل يقول يستمر وجوب النفقة من غير احتياج إلى التمكين على مقتضى الجديد لأنها كانت واجبة قبل العقد أم يقول لا بد من تمكين جديد لإيجاب نفقة الزوجة سئلت عن هذه واستقر جوابي والظاهر الوجوب.

الثانية: إذا لم يطالبها الزَّوْج بالزفاف، ولم تمتنع هي منه، ولا عَرَضَتْ نفسها علَيْه، وَمَضَتْ على ذلك مدَّة، فتجب نفقة تلك المدة، إن أوجبنا النفقة بالعَقْد لوجودِ المُوجِبِ وعَدَمِ المُسْقِط، وهو النشوز، وإن أوجبنا بالتمكين، لم تجب؛ إذْ لا تَمْكِينَ.

وقوله في الكتاب: «وتجب النفقة بالعَقْد بشرط عدم النشوز» ليس المرادُ أَنَّ عدم النشوز شرطُ الوجوب، وإلا، لم يكن العَقْد موجباً بِمُجَّرده، ولم يَسْتَمِرَّ قَوْلُنَا في الصورة الأولى: «إن الأصل استمرار ما أوجب بالعقد»، وإنما المعنى أنها تَبْقَىٰ بشرط عدم النشوز، فالعَقْد على هذا القول مُوجِبٌ، والنشوز مُسْقِط.

وقوله: «فعلى هذا، لو تنازعا في النشوز» كذلك ذَكَرهَا هنا، وفي «الوسيط»، ولفظ الأكثرين: «لو تنازعا في التمكين» كما ذكرنا، وكذلك هو في «البسيط»، ويُشْبِه أن يكون الذي ذَكَره ها هنا مَحْمُولاً عليه، فأما إذا توافَقَا على حُصُول التمكين، واختلفا في أنها هل نَشَزَتْ، وخَرَجَتْ عن طاعته؟ فينبغي أن يُقْطَع بتصديقها؛ فإن الأصل عدم النشوز واستمرار الواجِب، وهكذا ذكره القاضي ابن كج ـ رحمه الله ـ بَعْدما أجاب فيما إذا اختلفا في أصل التمكين بأن القول قوله. وحكي مع ذلك وجهاً ضعيفاً: أن القول قولها؛ لأن الأصل براءة الذِّمَّة.

وقوله في الكتاب: «إذا كانت ساكتة» يجوز أن تقرأ بالتاء أي «سَاكِتَةً» عن العرض، وطلب الزفاف، ويجوز أن تقرأ «سَاكِنَةً» بالنون أي لم يكن منها امتناع وعصيان، قال الأصحاب: وإذا سلَّمت المرأةُ نفْسَها إلى الزوج، فعليه النفقة من وقْت التسليم، ولو بعَثَتْ إليه؛ أنِّي مسلِّمةٌ نفسي إليك، فعليه النفقة من وقت ما بَلَغَه الخبر فإن كان غائباً، فترفع الأمر إلى الحاكم، وتُظْهِر له التسليم والطَّاعة، ليكتب إلى حاكم بَلَدِ الزوج؛ ليحضره ويُعْلِمَه الحال، فإن شاء، سار إليها كما أعلمه، وتَسلَّمها، أو بعث وكيلاً فتسلمها، وجبت النفقة من وقْت التسليم[1]، فإن لم يفعل، ومضى زمانٌ، إمكان الوصول إليها فرض القاضي نفقتها في ماله وجُعِلَ كالمتسلِّم لها؛ لأنَّ الامتناع[2] منه. قال في «التتمة»: ولو لم يعرف موضعه، فالحاكم يَكْتُب إلى حكام البِلاد الذي تَتَوجَّه

---

(١) ما جزم به فيما لو بعث وكيلاً يتسلمها أن النفقة تجب من التسليم. قال في المطلب: لا نزاع فيه، وفي الكافي: أنها لو أرسلت إليه رسولاً على أن يسلم نفقتها إليه لزمه النفقة من حين وصول الخبر إليه، ولعله محمول على ما إذا كان في البلد كما يدل عليه كلام التهذيب.

(٢) وما جزم به من فرض القاضي النفقة من حين إمكان وصوله هو المشهور وعليه نص في الأم في كتاب القسم والنشوز، ونسبه الماوردي للبغداديين. وقضية كلام الكافي وجوبها بالعرض على القاضي، وفي الحاوي أنه على قول البصريين تجب نفقتها من حين الشروع في التسليم أي وهو من وقت الرفع إلى القاضي.

إلَيْها القوافل من تلْك البلدة في العادة؛ ليُطْلَب، وينادى باسمه، فإنْ لَمْ يَظْهَر، فَرَضَ الحاكِمُ نفَقَتَها من مَالِهِ الحاضر وأخذ منْها كَفيلاً[١] بما يُصْرَف إلَيْها؛ لأنه لا يُؤمَن أن تظهر وفاته أو طَلاَقُه، ومن الأصحاب مَنْ لم يتعرَّض للرَّفْع إلى القاضي، ولا لكتابه، وقال: تجب النفقة من حين يصل الخبر إليه، ويمضي زمان إمكان القدوم عليها وهكذا أورده صاحب «التهذيب»، ولو لم تَعْرِضِ المرأةُ نفْسَها على الزوج الحاضر أو الغائب، ولا بَعَثَت إليه فلا نَفَقَةَ لها، وإن طالت المدة، إذا فرَّعْنا على أن النفقة تجب بالتمكين.

وغَيْبَةُ الزوْج بعد التسليم، لا تُؤَثِّر ما دامت مقيمة على طاعته وإن طالت المدة، [وهذا] كله فيما إذا كانت المرأة عاقلةً بالغةً، فأما المراهِقَةُ والمجنونة، فلا اعتبار بعَرْضِها وبذلها الطاعة، وإنما الاعتبار في حقِّهما بعرض الوَليِّ وبذله ولَو سلَّمت المراهِقَةُ نفْسَها، وتسلَّمها الزَّوْج، وَنَقَلَها إلى دَارِهِ، وجَبَت النفقَةُ وكذا لو سَلَّمت المرأة نفْسَها إلى الزَّوْج المراهِقِ بغير إذْن الوَلِيِّ وجبت النفقة بخلاف تسليم المبيع إلى المراهق؛ لأن المقصود هناك أن تصير اليد للمشتري، واليد في عقد المراهق للوَلِيِّ لا لَهُ، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَمَوَانِعُ النَّفَقَةِ أَرْبَعَةٌ: المَانِعُ الأَوَّلُ: النُّشوزُ وَمَنْعُ الوَطْءِ وَالاسْتِمْتَاعِ نُشوزٌ، وَالخُرُوجُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ نُشوزٌ، وَالخُرُوجُ فِي بَعْضِ اليَوْمِ يُسْقِطُ بَعْضَ النَّفَقَةِ عَلَى وَجْهٍ، وَجَمِيعَهَا عَلَى وَجْهٍ، وَتجِبُ النَّفَقَةُ لِلرَّتْقَاءِ وَالمَرِيضَةِ وَالمَجْنُونَةِ فَإنَّ هَذِهِ أَعْذَارٌ دَائِمَةٌ، وَتَسْقُطُ بِنُشوزِ المَجْنُونَةِ، وَلَوْ خَرَجَتْ فِي حَاجَةِ الزَّوْجِ بِإِذْنِهِ فَلَهَا النَّفَقَةُ، وَإِنْ خَرَجَتْ فِي حَاجَةِ نَفْسِهَا فَقَوْلاَنِ، وَإِذَا امْتَنَعَتْ عَنِ الزِّفَافِ بِغَيْرِ عُذْرٍ فَنَاشِزَةٌ، فَإنْ كَانَتْ مَرِيضَةً يَضُرُّ بِهَا الوَطْءُ فَمَعْذُورَةٌ، وَلاَ يُؤْتَمَنُ الرَّجُلُ فِي قَوْلِهِ: لاَ أَطَؤُهَا، وَإِنْ أَنْكَرَ كَوْنَ الوَطْءِ مُضِراً ثَبَتَ بِقَوْلِ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ، وَهَلْ يَثْبُتُ بِقَوْلِ وَاحِدَةٍ؟ فِيهِ خِلاَفٌ، وَلَوْ نَشَزَتْ بِالخُرُوجِ عَنِ المَسْكَنِ فَغَابَ الزَّوْجُ فَعَادَتْ لَمْ تَعُدِ النَّفَقَةُ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ حَتَّى يَقْضِيَ القَاضِي بِطَاعَتِهَا أَوْ يَرْجِعَ الزَّوْجُ أَوْ تَنْقَضِيَ مُدَّةُ إِمْكَانِ الرُّجُوعِ، وَإِذَا سَقَطَ نَفَقَتُهَا بِردَّتِهَا عَادَتْ بِمُجَرَّد إِسْلاَمِهَا دُونَ قَضَاءِ القَاضِي عَلَى أَفْقَهِ الطَّرِيقَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لا نفقة للزوجة الناشز لأن النفقة وجَبَت لكَوْنها معطلة المنافع؛

---

(١) استشكل أخذ الحاكم الكفيل فإن المذكور في باب القضاء على الغائب أنه لا يؤخذ من المدعي كفيل، وأجاب الشيخ جلال الدين البلقينيْ فقال: هذا لا يخالف المذكور في القضاء على الغائب من أن الأصح أنه لا يأخذ من صاحب الدين كفيلاً لأن الدين هناك ثابت، وإنما يحتمل الدافع، وأما هنا فالدين معرض للسقوط، وقضيته أن يجري في كل دين يكون كذلك كثمن مبيع ادعى به على غائب في زمن خيار شرط ونحو ذلك.

بسبب الزَّوْج محبوسةً عنده ولهَذَا لو امتنع مِنَ الإنفاق، كان لها أن تمتنع من التمكين، فإذا نَشَزَتْ عليه، سقط ما يقابل التمكين، ولو نشزت في بَعْض النهار، فهل لها بعض النفقة؟ فيه وجْهَان يَقْرُبان من الخلاف، فيما إذا سَلَّم السيد الأَمَةَ لَيْلاً لا نهاراً:

أحدهما: أنه لا شَيْءَ لها؛ فإن نفقة اليوم لا تتبعَّض؛ ألا ترى أنها تُسلَّم دفعةً واحدةً، ولا تفرق غداء وعشاء.

والثاني: أنها توزَّع بحَسَب زمان الطَّاعة والنشوز، واستثنى عن التوزيع هكذا ما إذا أطاعت نهاراً ونشزت ليلاً أو بالعكس، وحكم بشطر النفقة، كما مر في مسألة الأَمَةُ، ولم يُنْظَر في الليل والنهار إلى الطُّول والقِصَر، وبالوجه الثاني أجاب أبو الفرج السرخسيُّ.

ومنهم: مَنْ رجَّح الأول، وهو أوفق لما سَبَق مِنْ مسألة الأَمَةَ.

ونشوز المجنونة والمراهقة كنشوز العاقلة البالغة؛ لاستواء الفعلَيْن في التفويت على الزَّوْج.

ثم فيه مسائل:

إحداها: الامتناعُ عن الوطءِ والاستمتاعِ وعن الزِّفَافِ من غير عذر نشوزٌ، فلو قالت: سَلِّم المَهْر لأسَلِّم نفسي، فإنْ جرىَ الدخول أو كان الصَّداق مُؤَجَّلاً، فهي ناشزة؛ إذ لَيس لها حَبْس نفسَهَا، والحالة هذه، وإذا لم يجر دخولٌ، والصَّداق حَالٌّ، فلها النفقة من حينئذ. هذا هو الأظْهَر، وفيه خلافٌ مذكورٌ في الصَّدَاق، والمُؤجَّل إذا حَلَّ كالحَالِّ أو كالمُؤَجَّل، فيه خلافٌ، وبالثاني أجاب في «التهذيب» لأن العَقْد لم يُثْبِتْ هذا الجنس، ولو كانت مريضةً أو كان بها قرح يضرها الوطء، فهي معذورة في الامتناع عن الوطء وعليه النفقة إذا كانت عنده، وكذا لو كان الرجل عَبْلاً لا يحتمله، فإن أنكر القرح المَانِعَ من الوطء، فلها إثباته بقول النسوة، وتكفي امرأةٌ واحدةٌ سُلوكاً بها مَسْلَك الأخبار، أم لا بد من أربع نسوةٍ؛ لأنها شهادةٌ مُسْقِطَةٌ لحق الزوج؟ فيه وجهان:

وبالأول، قال[1] أبو إسحاق، والأظهر: الثاني، وكذا لو أنكر الضَّررَ من جهة العبالة وكبر الآلة يُرْجَع فيه إلى النسوة، ولا بأس أن ينظرن إليها عند اجتماعهما؛ لِيَشْهَدْنَ، وليس لها الامتناع من الزِّفَاف بِعُذْر عبالة الزوج على ما مَرَّ في أول الصداق، ولكن لها الامتناع بعذر المرض، فإنه متوقَّع الزوال.

فإن قال الزوج: لا أطؤها حتى تبرأ الألم، لم يؤتمن فيه. هكذا أطلقه في الكتاب، وقد سبق هناك في الكتاب ما يَقْتَضي إعلامه بالواو.

(١) في ز: أجاب.

ولو قالت المرأة، لا أُمَكِّنُ إلا في بَيْتِي أو في بيت كذا أو بلد كذا، فهي ناشزة؛ لأن التمكين التامَّ لم يُوجَدْ، وهكذا لو سَلَّم البائعُ المَبِيعَ، وشَرَط أن لا ينقله إلا إلى موضع كذا.

وهَرَبُ المرأة وخروجُها من بيت الزَّوْج والسفر بغير إذْنِهِ[1] نُشوزٌ أيضاً، ويستثنى عن الخروج ما إذا أشرف المنزل على الانهدام، أو كان المنزل لِغَيْرِ الزوج، فأُزْعِجت.

ولو سافرت بإذنه، فإن كان الزوج معها، أو لم يكن، وكان السفر في حاجته؛ بأن بعثها لبَعْضِ أشغاله، وجبت النفقة، وإن كانت في حاجَتِها، فظاهر نصِّه - رضي الله عنه - ها هنا أنه تَجِبُ النفقة، وفي غير هذا الباب أنها لا تجب، وللأصحاب طريقان:

أحدهما: ويُحْكَىٰ عن أبي إسحاق: القطع بِعَدَمِ الوجوب؛ لخروجها عن قبضته، وإقبالها على شأنها، وحمل النص الأوَّل الدالُّ على الوجوب على ما إذا كان الزوج مَعَها.

وأظهرهما: أن المسألة على قولَيْنِ:

أحدهما، أنها تجِبُ؛ لأنها سافَرَتْ بإذنه، فصار كما لو سافرت في حاجَتِهِ.

وأظهرهما: وبه قال أبو حنيفةَ وأحمد: المنع؛ لأنها غير ممكَّنة، وقد يبنيان على أن النفقة تَجِب بالعقد أو التَّمْكِين، إن قلْنا بالعقد بشرط عدم النشوز، وجَبَتْ؛ لأنه لا نُشوز، وإن قلْنا بالتمكين، لم تَجِبْ؛ إذ لا تمكين.

الثانية: تجبُ النَّفَقَةُ للمريضة والمجنونة والرتقاء والمُضْناة الَّتي لا تَحْتَمِل الجماع، سواءٌ حدَثَتْ هذه الأحوالُ بَعْد ما سَلَّمَتْ نفسها، وما إذا سلَّمت كذلك؛ لأنَّ هذه الأعذار دائمةٌ وهي معذورةٌ فيها، وقد سلَّمت التسليمَ المُمَكِّن، وتَمَكَّنَ من الاستمتاعِ بها من بعض الوجوه، وكذا الحُكْم في أيام الحَيْض والنِّفاس، وألحق في «التهذيب» ما إذا غُصبت المرأة بما إذا هربت لا بما إذا مَرِضَتْ، وإن كانت معذورةً؛ لخروجها من قبضته فوات الاستمتاع بالكلِّيَّة.

الثالثة: لو نَشَزَتِ المرأةُ، فغاب الزوج، فعادت إلى الطاعة، كما إذا خرجَتْ عن مَسْكَنِه بغير إذنه، ثم عادَتْ، وهو غائب، فهل يعود الاستحقاق للنفقة؟ فيه وجهان، وفي «التتمة» قولان:

---

(١) قال الشيخ البلقيني: هذا إذا لم يكن مع زوجها والتحقيق فيه أنه إنما منعها من الخروج فخرجت ولم يقدر على ردها سقطت نفقتها وإلا فلا. انتهى.

وأشار في الخادم إلى ما ذكره الشيخ من التحقيق فقال: وقال بعض المتأخرين هو محمول على ما إذا لم يمنعها الزوج من السفر بل سكت وصارت معه متمكناً من الاستمتاع بها غير آمر بها بالرجوع مع تمكنة من رجوعها إلى آخر ما ذكره.

أحدُهما: نَعَمْ؛ لأن الاستحقاق زالَ بِعَارِضٍ من الخروج، فإذا زال العارض، عاد الاستحقاق.

وأظهرهما[1]: لأنها خرجَتْ عن قبضته، فلا بد من تسليم وتسلم مستأنفَيْنِ، وهما لا يَحْصُلان بمجرَّد عَوْدِها إلى مسكنه؛ فعلى هذا يرفع الأمر إلى القاضي؛ ليقضي بطاعتها، ويُخْبِر الزوج بذلك، فإذا عاد إليها أو بَعثَ إليها وكيله، واستأنف تسليمها، عادَتِ النفقة، وإن مضى زمانُ إمكَانِ العَوْد، ولم تَعُدْ، ولا بَعثَ وكيله، تعود النفقة، وهذا كما ذكرنا في ابتداء التسليم في غيبة الزوج، ولو عاد الزَّوْج إليها أو بَعثَ وكيله، واستأنف التَّسْلِيم، حَصَل الاستغناء عن الرَّفْع إلى القاضي وحكمه، ولو ارتدَّتِ المرأة، وسقطت نفقتها على ما بَيَّنَّا في آخر باب «نكاح المشركات»، فغاب الزوج، وعادت في العدة إلى الإسلام، وهو غائب، فتعود النفقة بمجرَّد الإسلام، وإن فُرِضَ، فيه خلاف، والفرق أن نفقة المرتدة قد سقطت؛ لردتها، فإذا عادت إلى الإسلام، ارتفع المُسْقِط، فعمل الموجب عمله، والناشِزَة سَقَطَتْ نفقتها؛ لخروجها عن يد الزوج وطاعته، فإنما تَعُود، إذا عادت إلى قَبْضَته، وذلك لا يَحْصُل في غيبته، ولو خرَجَتِ المرأة: في غيبة الزوْج إلى بيت أبيها؛ لزيارةٍ أو عيادةٍ، لا على وجه النشوز، لم تَسْقُط نفقتها، قاله في «التهذيب»[2].

وقوله: «ولو خرجَتْ في حاجة الزوج» إلى قوله: «فقولان» يشمل من جهة اللفظ ما إذا كان الزَّوْج معها، وإذا لم يَكُنْ وقضيته إجراء القولين فيما إذا خَرَجَتْ في حاجة نَفْسِها، وإن كان الزَّوْج مَعَها، وكذلك رواه القاضي ابن كج عن أبي حَفْصٍ ابْنِ الوَكِيلِ، والأكثرون قد فَصَّلوا كما سَبَقَ، وخصَّصوا القولَيْنِ بما إذا لم يكن الزَّوْج معها، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الْمَانِعُ الثَّانِي: الصِّغَرُ وَإِذَا زُوِّجَتْ صَغِيرَةٌ مِنْ بَالِغٍ فَلَهَا النَّفَقَةُ إِنْ قُلْنَا: تَجِبُ بِالعَقْدِ، وَإِنْ قُلْنَا: تَجِبُ بِالتَّمْكِينِ فَلاَ، وَإِنْ تَزَوَّجَتْ بَالِغَةٌ مِنْ صَغِيرٍ فَقَوْلاَنِ مُرَتَّبانِ، وَأَوْلَىٰ بِالوُجُوبِ لِأَنَّ المَانِعَ مِنْ جَانِبِهِ، وَقِيلَ: إِنْ كَانَتْ جَاهِلَةً بِصِغَرِهِ اسْتَحَقَّتْ

---

(١) قال في الخادم: ما عزاه للتتمة من حكاية قولين فيه نظر، والذي رأيته في التتمة حكاية وجهين كما قال غيره ولم يفرض المسألة فيما إذا نشزت فغاب الزوج بل فرضها فيما إذا خرجت من المسكن بغير إذنه من غير حاجة ولعل مراده إذا انتقلت لحاجتها وقلنا تسقط نفقتها بذلك.

(٢) عبارة المنهاج: ولو خرجت في غيبته لزيارة ونحوها لم يسقط فظاهرها أن الأم وغيرها من المحارم كذلك، وعن تعليق البغوي التعبير بالأبوين قال في الخادم: الظاهر أن بيت الأب مثال.

قال الأذرعي وصاحب الخادم أيضاً: إن الشيخ إبراهيم المروذي قيد ذلك بما إذا رجعت إلى بيت الزوج ليلاً وهو يقتضي أنها لو باتت خارجه سقطت وإطلاق الشيخ تبعاً لأصله يتناول ما إذا علمت عدم رضى الزوج.

قال في الخادم، والظاهر السقوط.

وَإِلاَّ فَلاَ، وَإِنْ زُوِّجَتْ صَغِيرَةٌ مِنْ صَغِيرٍ فَقَوْلاَنِ مُرَتَّبَانِ، وَأَوْلَىٰ بِأَنْ لاَ تَجِبَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه ثلاث صور:

الأُولَىٰ: إذا كانت المرأةُ صغيرةً، فسُلِّمَتْ إلى الزوجِ البالِغِ، أو عُرِضَتْ عليه، فقولان:

أحدهما: أنها تستحِقُّ النفقة؛ لأنها محبوسةٌ عليه، وفوات الاستمتاع بسَبَبٍ هي معذورة فيه، فأشبهت المريضة والرتقاء.

وأصحُّهما: المنع، وهو المنصوص عليه في الأم، وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد ـ رحمهم الله ـ؛ لأنه تعذر الاستمتاع بها؛ لمعنى فيها، فأشْبَهَتْ ما إذا نَشَزَتْ، وليست كالمريضة، فإن المرض يطرأ ويزول، ولا يفوت الأنس وجميع الاستمتاعات، ولا كالرتقاء؛ فإن الرتق مانعٌ دائمٌ، ولا يمكن إدامة الحَبْس عليها مع نفْيِ النفقة، وقد يبنى القولَيْن على أن النفقة تَجِبُ بالعَقدْ أو بالتمكين، فعَلَىٰ الأوَّل: تَجِبُ، وعلى الثاني: لا؛ وعلى هذا جرى في الكتاب.

الثانية: لو كانت المرأة بالغةً، والزوجُ صغيراً، فقولان في النفقة أيضاً:

أحدهما: لا تجب؛ لأنه لا يستمتع بِهَا؛ بسببٍ هو معذورٌ فيه، فلا يُلْزَمُ غُرْماً.

وأصحُّهما: وهو المنصوص في «الأم»: أنها تَجِبُ وبه قال أبو حنيفة؛ لأنه لا مَنْعَ من جهتها، والتعذُّر جاء من جهته، فصار كما لو سلَّمت نفسها إلى الزوج، فَهَرَبَ، وقد تَرتَّب القولان في هذه الصورة على القولَيْن في الأُولَىٰ، ويقال: هي أَوْلَىٰ بالوجوب، وكذلك فَعَل في الكتاب، وَيتولَّد من الترتيب طريقان.

أحدهما: طَرْدُ القولَيْن. والثاني: القطع بالوجوب، وقد حَكَىٰ القطْعَ هكذا القاضي ابن كج عن أبي إسحاق وغيره، ولك أن تقول: إنه قضية القولَيْنِ في أنه تَجِبُ النفقة بالعَقْد أو بالتمكين معاً، وفي الصورة طريقة ثالثة؛ وهي القَطْع بالوجوب، إذا كانَتِ المرأةُ جاهلةً بصغره وتخصيص القولَيْنِ، بما إذا كانت عالمة، وعن أحمد ـ رحمه الله ـ في الصورة الثانية: [روايتان كالقولين][(١)].

الثالثة: إذا كانا معاً صغيرَيْنِ، ففي النفقة قولانِ أيضاً، وقد يترتبان على القولَيْن في الصورة الثانية، وهذه أوْلَىٰ بعَدَمِ الوجوب؛ لوجود المانع من الطرفَيْنِ، واختصاصه بطرف الزَّوْج هناك، وهو الأصحُّ المنصوص، وقيام المانع فيها يكْفِي لِمَنْع النفقة، وعن القَفَّال: أنه جمع بين الصور الثلاث، وقال: هل يَمْنَعُ صِغَرُ الزوجَيْنِ النفقَةَ؟ فيه ثلاثة أقوال:

---

(١) في أ: قولان.

أحدها: أن صغر كل واحد منهما يَمْنَعُ.

والثاني: لا يَمْنَعَ صِغَرُ كلٍّ واحِدٍ منهما.

والثالث: يَمْنَعُ صِغَرُها، ولا يمنع صِغَرُه.

واعلم: أن التصوير فيما إذا سُلِّمت إلى الزوج، أو عرَضَتْ نفسها علَيْهِ، كما بيَّنَّا في الصورة الأُولَىٰ، ما بيَّنه على أنه إذا لم يُوجَد تسليمٌ ولا عَرْضٌ، كان الحُكْم كما في حقِّ الكبيرة، وفي «البسيط» و«الوسيط» ما يقتضي خلافَهُ، والظاهِرُ الأَوَّل، وإذا كان الزوْجُ صغيراً، فيكون العَرْضُ على وَلِيِّه لا عليه، وليس المراد من الصِّغَر والبُلُوغ في الصور ما يتعلَّق به التكليف وعدمه، بل يُعْنَىٰ بالصغير من يتأتى منه الجماع، ولا يَلْتَذُّ به وبالبالغ من يَتأَتَّى [منه]، ويدخل فيه المُرَاهِقُ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: المَانِعُ الثَّالِثُ: الْعِبَادَاتُ: وَإِذَا أَحْرَمَتْ بِإِذْنِهِ فَقَدْ سَافَرَتْ فِي غَرَضِ نَفْسِهَا، وَهَلْ تَسْقُطُ نَفَقَتُهَا قَبْلَ الخُرُوجِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ أَحْرَمَتْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَقُلْنَا: لَهُ تَحْلِيلُهَا فَلَهَا النَّفَقَةُ مَا دَامَتْ مُقِيمَةً عَلَى أَشْهَرِ الوَجْهَيْنِ، وَإِنْ قُلْنَا: لاَ يُحَلِّلُهَا فَهِيَ نَاشِزَةٌ مِنْ وَقْتِ الإِحْرَامِ، وَلاَ تَسْقُطُ نَفَقَتُهَا بِصَوْمِ رَمَضَانَ، وَلَهُ مَنْعُهَا عَنْ نَوَافِلِ الصَّوْمِ وَالصَّلاَةِ، وَفِي الرَّوَاتِبِ وَجْهَانِ، وَصَوْمُ عَاشُورَاءَ وَعَرَفَةَ كَالرَّوَاتِبِ لاَ كَصَوْمِ الاثْنَيْنِ وَالخَمِيسِ، وَكَذَا الخِلاَفُ فِي مَنْعِهَا مِنَ الفَرْضِ فِي أَوَّلِ الوَقْتِ، وَفِي البِدَارِ إِلَىٰ القَضَاءِ الَّذِي هُوَ عَلَى التَّرَاخِي، وَلَوْ مَنَعَهَا مِنْ صَوْمِ نَذْرٍ بَعْدَ النِّكَاحِ فَإِنْ لَمْ يُحَلِّلْهَا فَفِي النَّفَقَةِ وَجْهَانِ كَمَا فِي الإِحْرَامِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مِنَ العباداتِ ما يُفَوِّت الاشتغالُ به استمتاعَ الزَّوْج، فيسْقُط النفقة، وفي تفصيله مسائل:

إحداها: إذا أحرمَتْ بحجٍّ أو عمرة، فلها حالتان:

إحداهما: أن تُحْرِم بإذنه، فإذا أحرمت، فقد سافرت في غرض نفسها، فإنْ كان الزَّوْج معَها، لم تَسْقُطْ نفقتها، وإلا، فقولان قدَّمْنَاهما، ولا فرق بين أن تخرج بإذنه أو لا تخرج بإذنه [إذا كان الإحرام بإذنه][1] فلا أثر لنهيه عن الخُرُوج، وعن القَفَّال: أنه إذا نهاها، فخَرَجَتْ، سقَطَتِ النفقة قطْعاً، وأما قبل الخروج، فوجهان:

أحدهما: أنَّه لا نفقةَ لها؛ لفوات الاستمتاع.

---

(١) سقط من: ز.

وأظهرهما: وقطع به قاطعون: أنها تَجِبُ؛ لأنها في قَبْضَته، والفوات جاء من سَبَبِ مأذونٍ فيه، ومَنْ قال بالأول، فلا بد من أن يَطْرُدَه فيما إذا خَرَج معها.

الحالة الثانية: إذا أحرمَتْ بغير إذنه، فيبنى علَىٰ أنه هلْ للزوج تَحْليلها؟ وقد ذكرنا في الحَجِّ أن له أن يُحَلِّلها في حج التَّطَوُّع، وكذا في حَجِّ الفرض على أصح القولَيْن، فإن جوَّزنا [له] التحليل، فلمْ يَحَلِّلها، فلها النفقة ما لم تَخْرُجْ؛ لأنها تحت يده، وهو قادِرٌ على التحْليل والاستمتاع، وإذا لم يَفْعَلْ، فهو المفوِّت على نفسه، وفيه وجْه: أنها لا تستحِقُّ؛ لأنها ناشزة بالإحرام، والناشزة لا تَسْتَحِقُّ النفَقَة، وإن قدر الزَّوْج على ردِّها إلى الطاعة قهْراً، والظاهر الأول، فإذا خرَجَتْ بغير إذْنه، فلا نفقة لها، فإن خَرَج معها، فعلَىٰ ما تقدَّم، وإن أذن لها في الخروج، فليكن كما لو أنشأت سفَراً بإذنه، وإن قلْنا: ليس له التحليل، فهي ناشزةٌ مِنْ وقت الإحرام، مانعةٌ من الاستمتاع، وفيه وجه: أنَّ لها النفَقَةَ ما دَامَتْ مقيمةً؛ لأنها في قبضته، وقد خرج الأمر من يدها بعد الإحرام، بخلاف النُّشُوز الذي تَقْدِر على تركه، وشُبِّهَ ذلك بالخلاف فيما إذا رمى نفسه من شاهق، وتَعذَّر عليه القيام، هل يلزمه القضاء؟ وحكى وجه آخر أو قول مُطْلِقٌ: أن الإحرام لا يؤثِّر في النفقة؛ لأنها تَسْقُط، فرضاً عن نفسها.

الثانية: الصوم أنواعٌ منْها صوْمُ رمضان، فلا تُمْنَعَ منه، ولا تَسْقُط به النفقة بحالٍ؛ لوجوبه [على الفور شرعاً][1] وقد يُراوِدُها [الزوج]، إذا كان قد أفْطَرَ لمرض أو قَدِمَ من سفر[ه] مُفْطِراً. ومنها قضاءُ رمَضَان، فإن تعجَّل لتعديها بالإفطار في رمضان، فلا تُمْنَع منه، وفي النفقة وجهان: المذكور منهما في «التهذيب»: أنها لا تسقط ورجَّحه غيره أيضاً.

وفي «التتمة»: أنها تَسْقُط؛ لأن فوات حَقِّ الزوج جَاءَ مِن تَعدِّيها، وشبه الخلاف بالخلاف فيما إذا سَلَّم السيد الأمة إلى الزوْج ليلاً لا نهاراً، وإن فات الأداء بعذر وتضيق وقْت القضاء، بأن لم يَبْقَ من شعبان إلا قَدْرُ أيام القضاء، فهو كالأداء، وإن كان الوقْتُ واسعاً، فقد حَكَىٰ صاحب الكتاب وغيره وجهَيْن في أنه: هل يجوز للزوْجِ منْعُها من المُبَادرة إليه؟ وجواب الأكثرين منهم جوازُ المَنْع وتنزيله منزلةَ صَوْم التطوُّع، ويَقْرُب من الوجهَيْن وجهان مرويَّان عن «الحاوي» في أنه هَل يُمَكِّن من إلزامها الإفطار، إذا شرَعَت إليه أو هما وذكر صاحبه أنهما مُخرَّجان من القولَيْنِ في جواز التحليل من الحج، وأنه إذا لم يتمكَّن منه، ففي سُقُوط النفقة وجهان:

أحدهما: تَسْقُط، كما في الحج.

---

(١) في ز: شرعاً على الفور.

والثاني: لا؛ لقصر زمان الصوم وقدرته على الاستمتاع[١] بالليل.

ومِنْها صوم التطَوُّع، فإذا كان بإذن الزوج، لم يُؤَثِّر في النفقة، ولا ينبغي أن تشتغل به بغَيْر إذن[٢] الزَّوْج، فإن شَرَعَتْ فيه، فله قَطْعُه، وأمرها بالإفطار، فإن أفطرَت، فالنفقةُ واجبةٌ، وإن أبت، سقَطَتِ النفقة في أَصَحِّ الوجهَيْنِ؛ لامتناعها من التمكين وإعراضها عنه بما ليس بواجب عليها.

والثاني: لا تَسْقُط؛ لأنها في دارِهِ وقَبْضَتِهِ، ولها الخروج عما شَرَعَتْ فيه، متى شاءَت وحاصِلُ هذا الوجّه أنَّ صَوْمَ التطَوُّع لا يُؤَثِّر في النفقة، وفي العِدة وجه فارقٌ بيْن أن يدْعُوها إلى الأكل فتأبى، فلا تَسْقُط النفقة؛ لأنه لا ضرر عليه في ذلك، وبين أن يدعوها إلى الوطء، فتأبى فتسقُطُ النفقة لامتناعها مِنْ توفية حقه، وإذا قلْنا: بسقوط النفقة بإبائها، فعن «الحاوي» أن ذلك فيما إذا أمرها بالإفطار في صَدْر النهار، أما إذا أَنْفَقَ في آخره فلا تسقط ولفوت زمان التمكين ومشابهة تلْك البقية لزمان الأكل والطهارة، واستحسنه القاضي الرُّويانيُّ، والأكثرون سَكَتُوا عن هذا التفْصِيل، ولو نكحها، وهي صائمة، ففي تعليق إبراهيم المروروذي: أنه لا يجبُرها على الإفطار، وأن في نفقتها وجهَيْن.

ومنْها: صوم النذر، فإن كان النذرُ مطلقاً، فللزوج منْعُها منه؛ لأنه لا يتضيَّق وقته وإن نذرت صوم أيام معينة، فيُنْظَر؛ إن نذَرَتْ قبل النكاحِ، لم يكن له[٣] المنع لتعين الوقْت، وتقدُّم وجوبه على حقِّ الزوج، وإن نذرتْ بعده فإن أَذِنَ الزوْج، لم يكن له المنع، وإن لم يأذن، فله ذلك؛ لأنها بالنَّذْر منَعَتْ حقه السابق، وحيث قلْنا: له المنع، فلو شَرَعَتْ فيه وأبت أن تُفْطِر، فعلَىٰ ما ذكرنا في صوم التَّطَوُّع.

ومنها: صوم الكفارة، وهو على التراخي، فللزوج المَنْع، وعن أَقْضَىٰ القضاة المَاوَرْدِيِّ: أنه إذا لم يمنعها حتى شرعت فيه، فهل له إجبارها على الخروج منه؟ فيه وجهان، وحيث قلنا بسقوط النفقة بالصوم، يسقط جميعها أو نصفها؛ للتمكن من الاستمتاع بالليل؟ فيه وجهان مذكوران في «التهذيب»[٤].

---

(١) قال النووي: الأصح السقوط.

(٢) ظاهره التحريم، وبه صرح الشيخ في آخر صوم التطوع نقلاً عن الأصحاب قال في المهمات: نعم لو كان الزوج حاضراً ولكن حرم عليه الجماع لتلبسه بواجب من صوم أو إحرام أو اعتكاف ففي التحريم نظر والمتجه الإباحة. قال في الخادم: صرح النووي في شرع المهذب هناك بأن يوضع التحريم إذا كان حاضراً مهيأ للوطء وأشار إليه الإمام أيضاً إلى آخر ما ذكره.

(٣) كذا قطع به الأصحاب وظاهر إطلاقهم أنه لا فرق بين طول المدة وقصرها وهو مشكل فيما إذا استغرق العمر لما في ذلك من الضرر عليه.

(٤) قال النووي: أرجحهما سقوط الجميع وقد سبق قريباً نظيره فيمن سلمت ليلاً فقط، أو عكسه.

الثالثة: فرائض الصلوات الخَمْسِ لا منع منْها ولا تتأثَّر النفقة بالقيام بها بحَالٍ وهل للزوج المنع من المبادرة إليها في أول الوقْت؟ فيه وجهان:

الأصح: عدَم المنع، ويحكى عن نص الشافعي ـ رحمه الله ـ لتجوز فضيلته أول الوقت، ويخالف الحجّ، حيث جوزنا له المنع من المبادرة إليه؛ لأن زمان الصلاة لا يمتد، ولأن الصلاة في أول الوقت مخصوصة بزيادةِ الفضيلة، والحج في السَّنَة التي تبادر إليها، كالحج في غيرهما في الفضيلة.

والتطَوُّعات المُطْلَقَة كصوم التطوُّع، وفي السنن الرواتِبِ وجهان:

أصحُهما: أنه ليس للزوج منْعُها؛ لتأكدها وتقررها بخلاف النوافل المُطْلقة، وله منعها من تطويلها، وصومُ يومِ عرفةَ وعاشوراءَ في الصيام كرواتب الصلاة، وصومُ يومِ الاثنين والخميس كالتطوُّعاتِ المُطْلَقة، فله المنْع بلا خلاف، وله منْعُها من الخروج لصلاة العيدين والخسوفَيْن، وليس له المَنْعُ من فعلها في المنزل، وقضاءُ الصلواتِ والصلاةِ المنذورةِ كمثلهما في الصوم.

الرابعة: الاعتكاف والخروج له إلى المسجد، إن كان بإذنه، وهو معها، لم تَسْقُطِ النفقة، وإن لم يكن معها، فعلَىٰ الخلاف المذكور للخروج في الحج، وفي كتاب القاضي ابن كج ـ رحمه الله ـ وجهٌ: أنه إن قصرت مدته، بأن لم يَزِدْ على يوم، لم يؤَثِّر، ولم يُجْعَلْ ذلك على الخلاف وإن لم يكن بإذْنِه، فإن كان عن تطوُّع أو نَذْراً مطلقاً في الذمةَ سَقَطَت نفقتها وإن كان عن نَذْرٍ معيَّن من صوم نذر فإن تأخَّر عن النكاح، فكذلك الجواب، وإن تقدَّم عليه، فلا منع منه، ولا تسقط النفقة به.

وقوله في الكتاب: «ولو منعها من صوم نذرٍ بعد النكاح» التقييد بما بعد النكاح يبين أنه لا مَنْع فيما نذرته قبل النكاح، وهذا الفَرْقُ فيما إذا نَذَرتْ أيَّاماً معينة على ما بيَّنَّا، فأما عند الإطلاق، فله المنع في الحالَتَيْن، هذا هو الظاهر المشهور، ونقل إبراهيم المروروذي فيه وجهَيْنِ، سواءٌ نَذَرَتْ قبل النكاح أو بعده.

وقوله: «فإن لم يُحَلِّلْها، فَفِي النَّفَقَةِ وَجْهَانِ، كما في الإحْرَام» يعني في الصوم المعيَّن المنذور بعد النكاح، وكذلك الحُكْم في صوم التطَوُّع، وفي «البسيط» وغيره: أن الوجهَيْنِ في الصَّوْم مُرَتَّبان على الوجهَيْن في الإحْرام، وأن صورة الصوم أَوْلَىٰ بالاستحقاق؛ لأن الاستمتاع ها هنا جائزٌ من غير أن يُقَدِّم تحليلاً، ويكون الجِمَاع تحليلاً، وفي الإحرام لا بد، وأن يحلِّلها أولاً ثم يجامع.

فرع: قال في «التتمة»: لو كانَتْ قد أجَّرتْ نفْسَها قبل النكاح إجارةَ عَيْنٍ، لم يكن للزوج منْعُها من العَمَل، ولا تستحقُّ النفقةَ عليه، وعن «الحاوي»: أن له الخيارَ إنْ كان

جاهلاً بالحال؛ لفوات الاستمتاع عليه بالنهار، وأنّه لا يَسْقُطُ خِيَاره، بأن يرضى المستأجر بالاستمتاع نهاراً، فإنه متبرع بذلك، وقد يرجع فيه، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الْمَانِعُ الرَّابِعُ: العِدَّةُ، وَالْمُعْتَدَّةُ الْمُطَلَّقَةُ إِنْ كَانَتْ رَجْعِيَّةً فَلَهَا النَّفَقَةُ إِلاَّ إِذَا أُحْبِلَتْ مِنَ الشُّبْهَةِ وَتَأَخَّرَتْ عِدَّةُ الزَّوْجِ وَقُلْنَا: لاَ رَجْعَةَ لَهُ فِي الحَالِ فَلاَ نَفَقَةَ، وَإِنْ قُلْنَا: لَهُ الرَّجْعَةُ فَفِي النَّفَقَةِ وَجْهَانِ وَقِيلَ بِعَكْسِ ذَلِكَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: المعتدَّة الرجعيَّةُ تستحِقُّ النفقة والكُسْوة وسائر المؤنات؛ لِبَقَاءِ حبْس الزوج وسُلْطَته، ويستثنى من المؤنات آلةُ التنْظِيف، فإن الزوج مُمْتَنِعٌ عنها، ذكره في «البسيط» وغيره، ولا فَرْقَ بين أن تكون الرجعية حُرَّةً أو أمة، حائلاً أو حاملاً، ولا تسقط نفقتها إلا بما تسقط به نفقة الزوجات[1] وتستمر إلى انقضاء العدَّة بِوَضْع الحمل أو غيره، ولو ظَهَر[ت] بها أماراتُ الحمل بَعْد الطلاق، فعلى الزَّوْجِ الإنفاق علَيْها، وإذا أنْفَقَ، ثم بان أنه لم يكن حَمْلٌ، فله استرداد ما دَفَعَ إليها بعْد انقضاء العِدَّة، وتُسْأَل عن قَدْر الأقراء، فإن عَيَّنَت قدْرَها، صدَّقْناها باليمين، إن كَذَّبها الزوج، ولا يمين إن صدَّقَها، وإن قالتْ: لا أعلم متى انقضت عدتي، سألْنَاها عن عادة حَيْضها وطُهْرها، فإن ذَكَرَتْ عادةً مضبوطةً، بنينا الأمر على قَوْلِها، وإن قالت: عادتي مختلفة، أخذنا بأقلِّ عاداتها، ورجع الزَّوْج فيما زاد فإنه المستيقن، وهي لا تَدَّعي زيادةً عليه، وإن قالت: نسيت عادَتِي، فعن نص الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ: أنه يرجع في نفقة ما زاد على نفقة ثلاثة أشهرٍ، ويأخذ بغالب العادات، وقال الشيخ أبو حامد: يُبْنَى الأَمْرُ عَلَىٰ أقلِّ ما يمكن انقضاء العدَّة فيه، وهذا ما أورده أبو الفَرَجِ السرخسيُّ، والخلاف قريب من الخلاف في مَرَدِّ المبتدأة، وإن انقطع الولد الذي أتت به عنه، بأن ولَدَتْ لأكثر من أربع سنين، إما مِنْ وقْت الطلاق أو مِنْ وقْتِ انقضاء العدة على اختلافٍ سَبَق، سُئِلَتْ عن حال الولَدِ، فإن قالت: هذا الولد من زوج نكحته، أو من وطء شبهة، وقع بعد انقضاء ثلاثة أقراءٍ، فعليها رَدُّ المأخوذ بعد الثلاث؛ لاعترافها بانقضاء العدة بها، وإن قالَتْ: وقع ذلك في أثناء الأقراء فقد انقطعت عدَّتها بوطء، الثاني وإحباله، فتعود بعد الوضع إلى ما بَقِيَ منها، وعليه النفقة في البقيَّة، وأما في مدَّة الحَمْل، فيبنى على أنه هل للزَّوْج الرجْعة فيها؟ وفيه وجهان قد سَبَقَ ذكرهما في «كتاب الرجعة» و«العِدة» وفي كيفية البناء طريقان:

---

(١) وفي الإطلاق نظر، وقد قال الإمام في باب الحضانة إذا حضنت يعني الرجعية ولدها من غيره من غير رضاه وكان المسكن لها فالمذهب أن نفقتها لا تسقط إذ ليست ناشزة، فإن الناشزة المانعة حق زوجها. وقال الشيخ أبو علي: الظاهر عندنا السقوط كما لو كانت في صلب النكاح، فإن الرجعية تستحق نفقة الزوجة فتسقط نفقتها بما يسقط نفقة الزوجات.

أظهرهما: أنَّا إنْ قلنا: لا رجعة في الحال، فلا نفقة، وإن أثبتنا الرجعة، ففي النفقة وجْهان:

وجه المنع: أنها صارت في حَبْس الغير.

والثاني: أنا إنْ قلنا: لا رجعة، ففي النفقة وجهانِ، وإن قلنا: له الرجعةُ، فعليه النفقة، والظاهر مِنْ ذلك الذي أجابَ به أكثرهم: أنه لا نفقة ولها [في مدة الحمل، فيَسْتَرْجِعُ ما أخذت لها، ولو قالت: واطأني الزوج، وأنكر، فهو المصدَّق بيمينه، وتُسْأَلُ][1] عَنْ وقَتْ وطئه، فإن قالت بَعْد انقضاء الأقراء، رَدَّتْ ما زاد، وإن قالَتْ: عقيب الطلاق، فقد بان أنَّها ما قضت عدته، فترد ما أَخَذَتْ، وتعتد بعد الوضع بثلاثة أقراء ولها النفقة فيها. هكذا ذكره صاحب «الشامل» وغيره، وإنما يستمر ذلك على قَوْلنا إن العدتَيْنِ المُخْتَلِفَتَي الجِنْسِ من شخصٍ واحدٍ لا تتداخلان.

فرْعٌ: لو ادعت الرجعيَّةَ تباعد الحَيْضُ وامتداد الطهر، فظاهر المذهب: أنَّها تُصدَّق في وجوب النفقة، كما تُصدَّق في بقاء العدة، وثبوتِ الرجعةِ، وتستمر النفقة إلى أن تعترف بمُضِيِّها، وعن بَعْضِ الأصحاب فيما حكاه القاضيان ابن كج وأبو الطيِّب: أنها لا تُصدَّق في النفقة، فإنه حقٌّ لها بخلاف العِدَّة والرجْعة، فهما عليها، وهذا ما توهمه المُزنيُّ من لفظ الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ واعترض عليه.

فرْعٌ: لابن الحدَّاد: وضعَتِ امرأةٌ حَمْلاً وطلَّقَها، واختلف الزَّوْجَان، فقال الزوج: طلَّقْتكِ قبل الوضع، وانقضت عدتك بالوضع، فلا نفقة لك الآن، وقالت: بل طلَّقْتَنِي بعد الوضع، وطلبت النفقة، فعليها العدة مِنَ الوقت الذي يزعم أنَّه طَلَّقها فيه، ولها النفقة؛ لأن الأصل بقاء النكاح إلى الوَقْت الذي يَقُولُه وبقاءُ العدَّة والنَّفَقةِ، وليس له الرجعة؛ لأنها قد بانت بزعمه، ومَنْ أقرَّ بشَيْءٍ قُبِلَ فيما يَضُرُّه ولم يُقْبَل فيما يَضُرُّ غيره؛ ألا ترى أنه لو أَقَرَّ بِبَيْعِ عبده، ممن يُعْتَقُ العَبْدُ عليه يُحْكَم عليه بِعِتْق العبد، ولم يُقْبَل قولُه في لزوم الثَّمَنِ على زعم أنه اشترى، ولو كان الزَّوْج قَدْ أصابها قَبْل الوضع في الوَقْت الذي زَعَمَ أنَّها مُطَلَّقة فيه، لم يلزمه مهر المِثْل؛ لأنها تقول: إنما طَلَّقَنِي بعْد الولادة، فتكون الإصابة في النكاح، ولو اختلفا على العَكْس، فقال الزوج: طَلَّقْتُكِ بعد الولادة، وأنْتِ في العدةِ، والرجعةُ لي، وقالت: بل قَبْلَها، وقد انقضت عدَّتِي، فالقول قول الزوج في بقاءِ العدَّةِ وثُبُوتِ الرجْعةِ، ولا نفقة لها[2] في العِدَّة.

---

(١) سقط من: ز.

(٢) قال ابن الرفعة: ولتعرف أن مقتضى القاعدة من ما ذكره ابن الحداد وغيره أنها لا تستحق النفقة وإن راجعها وكذا لو كان الاختلاف قد وقع بينهما في أصل الطلاق المبين فادعت أنه طلقها ثلاثاً

وقوله في الكتاب: «والمعتدة المُطَلَّقة إن كانت رجعيَّةً» لفظ المُطلَّقة مستغنًى عنه؛ فإن المُعتدَّةَ لا تكون رجعيَّةً إلا إذا كانَتْ مُطَلَّقة.

وقوله: «فلها النفقة، إذا إذا أُحبِلَتْ من الشبهة» لا شك أن المراد: فلها النفقة في العدَّة، لا على الدوام، وحينئذ، ففي ظاهر الاستثناء نَظَرٌ؛ لأنها إذا أُحبِلَتْ من الشبهة، وتأخَّرت عدة الزوج، فلا تكون في عدة، حتى تَسْتَثْنَىٰ من الحكم؛ بأنَّ لها النفقةَ في عدته.

وقوله: «وقيل بعكس ذلك» المراد منه الطريقة الثانية، وقد بيَّنَّاها.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَأَمَّا البَائِنَةُ فَلَهَا السُّكْنَى وَلَيسَ لَهَا النَّفَقَةُ (ح) إلاَّ أَنْ تَكُونَ حَامِلاً، وَالفَسْخُ كَالطَّلاَقِ إِنْ حَصَلَ بِردَّتِهِ، وإِنِ ٱسْتَنَدَ إِلَىٰ ٱخْتِيَارِهَا أَوْ إِلَى عَيْبِهَا سَقَطَ جَمِيعُ المَهْرِ وَسَقَطَتِ النَّفَقَةُ إِلاَّ إِذَا قُلْنَا: النَّفَقَةُ لِلحَمْلِ، وَفِرَاقُ اللِّعَانِ يُضَافُ إِلَيهَا كَالفَسْخِ، أَوْ يُحَالُ عَلَى فِعْلِ الزَّوْجِ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ أَنْفَقَتْ عَلَى الوَلَدِ المَنْفِيِّ بِاللِّعَانِ ثُمَّ كَذَّبَ نَفْسَهُ فَلَهَا الرُّجُوعُ بِالنَّفَقَةِ لِأَنَّ لِلزَّوْجَةِ وِلاَيَةَ ٱلاَسْتِقْرَاضِ بِدَلِيلِ قِصَّةِ هِنْد، وَأَمَّا المُعْتَدَّةُ عَنْ شُبْهَةٍ إِنْ كَانَ فِي نِكَاحٍ فَلاَ نَفَقَةَ لَهَا عَلَى أَفْقَهِ الوَجْهَيْنِ، وَإِنْ كَانَتْ خَلِيَّةً عَنِ النِّكَاحِ فَلاَ نَفَقَةَ لَهَا عَلَى الوَاطِىءِ إِلاَّ إِذَا كَانَتْ حَامِلاً فَفِيهِ قَوْلاَنِ يَنْبَنِيَانِ عَلَى أَنَّ النَّفَقَةَ لِلحَمْلِ أَوْ لِلْحَامِلِ، فَإِنْ قُلْنَا لِلحَمْلِ ٱعْتُبِرَ كِفَايَتُهُ وَلَمْ تَتَقَدَّرْ عَلَى أَقْيَسِ الوَجْهَيْنِ، وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ الوَضْعِ سَقَطَتْ إِذْ لاَ نَفَقَةَ لِلْقَرِيبِ بَعْدَ المَوْتِ، وَإِنْ قُلْنَا لِلحَامِلِ فَهِيَ فِي التَّقْدِير كَنَفَقَةِ الزَّوْجَةِ وَلاَ تَسْقُطُ بِالمَوْتِ عَلَى أَقْيَسِ الوَجْهَيْنِ لِأَنَّ عُلْقَةَ الحَبْسِ دَائِمَةٌ وَكَأَنَّ الطَّلاَقَ أَوْجَبَهَا دَفْعَةً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: البائنة بالخُلْع أو بالطَّلاق الثلاثِ لا نَفَقَةَ لها، ولا كسوة إن كانت حائلاً وإن كانت حاملاً، فعلى الزوج النفقة والكُسْوة، وبهذا قال مالك وأحمد.

وعن أبي حنيفة: تستحق النفقة كلَّها، حائلاً كانت أو حاملاً، لنا: ما رُوِيَ في خبر فاطمة بنت قَيْسٍ أن النبي ﷺ قال لها: «لا نَفَقَةَ لَكِ عَلَيْهِ»[1] وكانت مبتوتة حائلاً، والتقييد في قوله تعالى: ﴿إِن كُنَّ أُوْلَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق ـ ٦] بعد الإطلاق من قَبْلُ في قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم﴾ إشعار بأنَّ الحائل لا يُنْفَق عليهن، والنفقة الواجبة إذا كانت حاملاً للحَمْل أو للحَامِل فيه قولان:

وأنكرت حلف، وهو ما أورده الرافعي في كتاب القسم والنشوز حيث جعل ذلك أصلاً مقيساً عليه أي فيما إذا ادعت عليه الطلاق فإنه لا قسم لها كما لا نفقة.

(١) رواه مسلم [١٤٨٠] عنها وقد تقدم.

أحدهما: أنَّها للحَمْل، والحامل طريق وصول إليه، وربما يُنْسب هذا إلى القديم و«الإملاء»، ووُجِّه بأنها لا تجب لَوْلا الحَمْل، وتسقط إذا وضَعَت، وذلك يُشْعِر بأنها للحمل، وبأن الحمل يَسْتَحِقُّ النفقة والتربية بَعْد الانفصال، فكذلك قبله، بل هو قبل الانفصال أضْعَفُ، وأصحُّهما: أنها للحَامِلِ بسبب الحمل، ووُجِّه بأنها لو كانَتْ للحمل، لتقدرت بقَدْر كفايته، وبأنَّهَا تجب على المُوسِر والمُعْسِر، ولو كانت للحَمْلِ، لَمَا وجبت على المُعْسِر، وبأنها مختلفة القدر بيسار الزوج وإعساره، كما هو شأن نفقات الزَّوْجات، وبأن الولد بعْد الانفصال، إذا احتاج إلى حاضِنَةٍ، تجب النفقة للحاضنة، والحامل لا تَتَقاعَدُ عن الحاضنة، وهذا التوجيه الآخر ذكره الإمام وغيره.

ثم الكلام في مسائل تَتَعلَّق أكثرها بهذَيْنِ القولَيْنِ.

إحداها: المعتدَّة عن فراق الفَسْخ، هل تستحق النفقة إذا كانت حاملاً؟ الذي حكاه الإمام وصاحب الكتاب: أنه، إن حَصَلَ الانفساخ بما لا مَدْخَل لها فيه، كرِدَّة الزوج فهو كالطلاق في استحقاق النفقة، كما أنه كالطلاق في تَشْطِير المَهْر، وإن كان لها فيه مَدْخَلٌ، كما إذا فسَخَتْ بخيار العتق أو بعَيْبٍ فيه أو فَسَخَ الزوج بعيب فيها؟ ففي النفقة قولان، والقولان عند أكثرهم مبنيَّان على أن النَّفقةَ للحَمْل أو للحَامِلِ؟ إن قلنا: للحمل، وجبت، وإلا، لم تجب، كما يسقط المهر بهذه الفسوخ قَبْل الدخول، ولم يرتَضِ الإمامُ هذا البِنَاء، وقال: إنما تُوجَبُ النفقةُ للحامل؛ لأنها كالحاضنة ومؤنة الحاضنة على الأب، ولا فَرْق في ذلك بين المُطلَّقة والمفسوخ نكاحُها، فلنوجه أحَدَ القولَيْنِ بالقياس على المُطَلَّقة.

والثاني: بأن القياس أن لا نَفَقَةَ بَعْد البينونة، والخروج عن مظنة الاستمتاع، وإنما خالفنا في المُطلَّقة؛ للنص، ووراء هذه الطريقة طريقتان، حكاهما الشيخ أبو عليٍّ.

إحداهما: طرد القولين في المعتدَّات عن جميع الفسوخ، بناءً على أنها للحمل أو للحامل؟ إن قلْنا للحامل، لم تجب؛ لأنها معتدَّةٌ لاَ عَنِ طلاق، فأشبهت المعتدَّة عن الشبهة، وهذا ما أورده صاحب «الشامل».

والثانية: وهي التي أوردها في «التهذيب» ونسبها الشيخ أبو عليٍّ إلى عامة الأصحاب؛ بأنه إن كان الفراق بسببٍ عارِضٍ، كالرضاع والرِّدَّة، فهو كالطلاق؛ لأنه قاطعٌ للنكاح، وإن استند إلى سببٍ قارِنُ العَقْدَ؛ كالعيب والغرور، ففيه قولان؛ لأن مثل ذلك يَرْفَعُ العقد من أصله، ولذلكَ لا يجب المَهْر، إذا لم يكن دُخُولٌ، وفي «التتمة» أن المفسوخ نكاحها تَسْتَحِقُّ النفقة، حيث قلْنا: إنها تستحق السُّكْنَىٰ، وحيث قلنا: إنها لا تَسْتَحِقُّ السُّكْنَىٰ، فتكون كالمعتدَّة عن وطء الشبهة، ففي نفقتها قولاَنِ، والكلام في السُّكْنَىٰ قد تَقدَّم.

وأما المفارقة باللعان، إذا كانت حاملاً، ولم ينف حمْلَها، فهل تستحقُّ النفقة، أما على الطريقة المذكورة في الكتاب [فقد اختلفوا:][(١)] قال بعضُهم: اللعانِ مِنَ الفراق الذي لها مدْخَلٌ فيه؛ لأنها أحوجته إليه على ما يزعمه.

والأصح أنَّه كالطَّلاَقِ، وهي مُنْكِرةٌ لما يزعمه، فتستحق النفقة، وَتَجْري فيه الطريقتان الأخريان، ولا يَخْفَىٰ على الطريقة المرجَّحة أن اللعان من قبيل العَوَارِضِ، والفراق به ليس مستنداً إلى حال العقد، وإن نفى حمْلها باللعان، لم تجب النفقة سواءٌ جعلْنَاها للحَمْل أو للحَامِلِ؛ لأنه قد انقطع الحَمْل عنه، وصارت في حق الزَّوْج كالحائل، وحكى القاضي أبو الطيِّب وجهَيْن في أنها هل تستحق السُّكْنَىٰ والحالةُ هذه، والأظْهَرُ الاستحقاقُ، وهو الذي ذكره الشيخ أبو حامِد.

ولو أبان امرأته بالطَّلاَقِ، ثم ظَهَرَ بها حَمْلٌ، وقلْنا: له أَنْ يلاعن لِنَفْيِهِ، فلاعن، سقَطَتِ النفقة، وعن القاضي أبي الطيِّب: أنا إن أثبتنا للملاعنة السكْنَىٰ فههنا أَوْلَىٰ لأنها معتدة عن الطلاق وإلا فيحمل على وجهين، وإذا لاعن عنها، وهي حامل، ونفى الحمل، ثم عاد وكذَّب نفسه، واستلحق الولد، طولب بنفقة ما مضى، نصَّ عليه واختلف الأصحاب:

فعَنْ بعضهم: أن هذا الجواب على أن النفقة للحَامِلِ، أما إذا جعلْنَاها للحَمْل، فلا مطالبة؛ لأن نفقة القريب تسقط بِمُضيِّ المدة، ولا تصير دَيْناً في الذمة.

وقال الأكثرون: تثبت المطالبة على القولَيْنِ؛ لأنها، وإن كانت للحَمْل، فهي مصروفةٌ إلى الحامل، وهي صاحبة حقٍّ فيها، فتصير دَيْناً، كنفقة الزوجة، ولو أكْذَبَ نفْسَه بعْد ما ولَدَتْ، وأرضعت الولَدَ، رجَعَت عليه بأجرة الرَّضَاع، نصَّ عليه في «الأم». وحكى أبو عليٍّ ـ رحمه الله ـ وجْهاً أنها لا ترجع.

ولو أنفقت عليه مدَّة، ثم رجع، رجعَتْ عليه بما أنفقَت، في الظاهر، الوجْهُ الآخر، ووجْهُ المذهب الظاهر أنها أنفقت عليه وفيه على ظن أنه واجِبٌ عليها، لا على سبيل التبرُّع، فإذا بانَ خلافه، ثبت الرجوع، وشبه ذلك بما إذا ظَنَّ أن عليه دَيْناً، فقضاه، ثَمَ تبيَّنَ خلافَهُ، يرجع به، بخلاف ما إذا تَبرَّع على غيره بمال، وبما إذا أنفق على أبيه على ظن إعساره، فبان يسَارُهُ، يرجع بما أنفق ولو تبرَّع عالماً بإيساره، لا يرجع.

المسألة الثانية: في وجوب نفقة المعتدَّة عن النكاح الفاسد، وعن وطء الشبهة، إذا كانت حاملاً وجهان، بناهما الجمهور على أن النفقة للحَمْل أو للحَامِلِ، وقالوا: إن

---

(١) سقط في: ز.

قلْنا: إنها للحمل، وجبت النفقة على الواطىء كما لزمه نفقته بعد الانفصال، وإن قلنا: للحامل، لم تجب، فإن النكاح الفاسِدَ، لا يوجب النفقة، فعدَّته أَوْلَىٰ بأن لا توجب، والإمام ما رضي بهذا البناء، وقال إنَّما توجب النفقة للحامل من جِهَة قيامها بتربية الولَدِ، فنزلناها منزلة مؤنة الحاضنة، وهذا المعنى يَقْتَضِي الوجوب على الواطىء أيضاً، ولكن مأخذ الخلاف أنَّ الوَلَد إذا كان مجْتَناً هل تجب مُؤْنَتُه؟ فَعَلَىٰ قولٍ: تجب كالمنفصل، وعلى قولٍ: لا؛ لأنَّ الولد جزء من الأمِّ، ما دام مُجْتَناً لا استقلال له، واعلم أن تنزيلِ نفقةِ الحامل منزلة مُؤْنَة الحاضنة بعْد الانفصال، لا اتجاه له، وإن ردَّده الإمام مراراً لأَنَّ الواجب هناك كفايةُ أمْرِ مَنْ يحضنه إمَّا تبرعاً، وإما بأُجْرة مِنْ غير تقْدِير، وهذه النفقةُ مقدَّرةٌ كنفقة الزوْجَاتِ.

هذا إذا كانت الموطوءة بالشبهة غير منكوحة، فإن كانت منكوحةً وحمَلَتْ من الوطء بالشبهة، فإن أوجبنا النفقة على الواطىء بالشبهة، سقطت عن الزوْج، ولم نَجمع بين نفقتين، وإن لم نوجبها على الواطىء، ففي سقوطها عن الزَّوْج وجهان:

أَفْقَههما: السقوط؛ لفوات الاستمتاع عليه.

والثاني: لا يسقط؛ لأنها معذُورةٌ فيه، وهذا ما أورده في «البسيط» واستحسن في «الوسيط» توسُّطاً، وهو أنها إن كانَتْ نائمةً: أو مكرهةً، فلها النفقة، وإن مكَنَتْ على ظَنِّ أنَّه زوجُها، فلا نفقة؛ لأنَّ الظن لا يؤثر في الغرامات[1].

الثالثة: المعتدَّة عن الوفاة، لا نفقة لَهَا حائلاً كانت أو حاملاً أما إذا كانت حائلاً؛ فلأن البائنة الحائلة لا نفقة لها على الزوج في حياته، فبعد الموت أَوْلَىٰ، وأما إذا كانت حاملاً، فلأَنَّ النفقة للحَمْل أو للحَامِلِ، إن كانت للحَمْلِ، فنفقة الأقارب تَسْقط بالمَوْت وإن كانت للحامل فبسبب استحقاقها الحَمْل، فإذا كانت نفقته في نفْسِهِ بعد الانفصال، لا تجب بَعْد المَوْت[2]، فكذلك النفقةُ الواجبة بسببه.

الرابعة: تَتَقَدَّر النفقة الواجبة كنفقة الزَّوْجة في صُلْب النكاح، أو تعتبر كِفَايَتُها ويزاد وينقص بحَسَب الحاجة؟ فيه طريقان نقلهما الإمام ومَنْ تابَعَه.

أحدُهُمَا: وهو المذكور في الكتاب: أنا إن قلْنا: إن النفقة للحَمْل؟ ففيه وجهان: وجه اعتبار الكفاية النظر للحَمْل؛ حتى لا يتأثر إذا لم يَكْفِها المقدور، وعَدَّه أقيس

---

(١) قال في المطلب: إن وطئت في حال نومها أو كرهاً فالوجه القاطع بثبوت نفقتها، وإن مكنت على ظن أن الواطىء زوجها ففيه التردد.

(٢) ما جزم به من عدم الوجوب على القولين سواء قلنا إنها للحمل أو للحامل تابع فيه الإمام والقياس البناء على القولين وقولها في المنع على أنها للحمل أن نفقة القريب تسقط بالموت.

الوجهين، وإن قلْنا: للحامل، فلا زيادة كما في صلب النكاح، والثاني أنا إذا قلْنا: إنها للحمْل فتعتبر الكفاية، وإن قلنا: للحامل، فوجهان احتياطاً للحَمْل، ولا بد للتفريع علَىٰ كلِّ واحدٍ من القولَيْن مِنَ النَّظَرِ إلى معنى القَوْل الآخر، لتعلُّق الواجِبِ بالعمل والعامل جميعاً. والذي أورده أكثرهم: أن هذه النفقة مُقَدَّرة كما في صُلْب النكاح، ولا زيادة ولا نُقْصَان، وَقَدْ يرونه مُتَّفِقاً عليه.

الخامسة: إذا مات الزوج قَبْل أن تضع الحَمْلَ، فإن قلنا: إن النفقة للحَمْل، سَقَطَت؛ لأنَّ نفقة القريب تَسْقُط بالمَوْت، وإن قلْنا: إنها للحامل، فوجهان:

عن ابن الحَدَّاد: أنها تسقط أيضاً لأنها كالحاضنة للولد، ولا تجب نفقة الحاضنة للولد بعد الموت.

وعن الشيخ أبي عليٍّ: أنها لا تَسْقط؛ لأنها لا تنتقل إلى عدة الوَفَاة بخلاف الرجعيَّة بل تعتدُّ عن الطلاق، والطلاق كأنَّه[1] يوجِبُ هذه النفقة دفْعَةً واحدةً فتكون كدَيْنٍ عليه؛ ولهذا يبقى لها حقُّ السكْنَىٰ، ولا يجيء فيه القولان في أن المتوفَّىٰ عنها زوجُها، هل تستحق السكْنَىٰ، ورأَىٰ صاحب الكتاب هذا أقْيَسَ، [وقال] كأن الشرع جعل عُلْقة الحَمْل كعُلْقة الرجْعة في إيجَابِ النفقة، وعُلْقة الحمل باقيةٌ، والأصحُّ عند الإمام ما نُقِلَ عن ابن الحدَّاد وقال: النفقة تجب يوماً فيوماً، ولا تصير الجملة دَيْناً كما في صُلْب النكاح، وأما لفظ الكتاب فقوله: «فلها السكْنَىٰ» لا حاجة إلى ذكْره في هذا الموضع، وقد سَبَقَ ذكْره في باب السُكْنَىٰ في العدة.

وقوله: «والفسخ كالطلاق إن حصل بردته» يجوز أن يُعْلَم بالواو، كسائر الطرق المذكورة.

وقوله: «سَقَطَ جمِيعُ المَهْر» مذكور في موضعه وليس إلى ذكره ها هنا كبير حاجة إلا أنه أشار، به إلى أنه كما يسقط المَهْر، تَسْقط النَّفَقَةُ.

وقوله: «لأن للزوجة ولاية الاستقراض» يشتمل على مسألة مقصودة، نَذْكرها مع أخواتٍ لها في الباب الأول مِنْ «نفقات الأقارب»، ولْيُعْلَم بالواو؛ لما نبينه هناك، ووُجِّه وجْه الرجوع بما إذا أنفقت على الولَدِ المنْفِيِّ باللعان، أنه إذا كانَتْ متمكِّنة من الاستدانة، لم تُجْعَلْ متبرِّعة بالإنفاق ولا شك أنها إنما ترجع إذا قَصَدَتِ الرجوع، ولا ترجع إذا قصَدَتِ التبرُّع.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (فَرْعٌ): الصَّحِيحُ أَنَّهُ يَجِبُ تَعْجِيلُ النَّفَقَةِ قَبْلَ الوَضْعِ بِنَفْسِ الحَمْلِ

---

(١) قال في الخادم: والمتجه السقوط لأنا وإن قلنا للحامل فهي تسبب الحمل ولا يمكن أن يستحق على ميت مؤنة. وقد قال الإمام: إن كان ما قاله أبو علي في كلامه فهو بعيد من الصواب، والصواب ما قاله ابن الحداد وإن نقله عن الأصحاب فالأوجه ما ذكره ابن الحداد إلى آخر ما ذكره.

لِظَاهِرِ الآيَةِ، فَإِنْ بَانَ أَنْ لاَ حَمْلَ اسْتَرَدَّ، وَإِنْ تَأَخَّرَ وَظَهَرَ الحَمْلُ وَجَبَ التَّسْلِيمُ إلاَّ إِذَا قُلْنَا: إِنَّهُ لِلْحَمْلِ فَإِنَّهُ يَسْقُطُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ، وَلاَ يَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ الرَّقِيقِ وَلاَ عَلَىٰ الحُرِّ فِي المَوْلُودِ الرَّقِيقِ، وَإِنْ قُلْنَا لِلْحَامِلِ وَجَبَ عَلَيْهِمَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ولا يجب تسليمُ النفقة قَبْل أن يَظْهر الحَمْل سواءٌ جعَلْنَاها للحَمْلِ أو للحَامِلِ، وإذا ظَهَر، فيَجِبُ التسليم يوماً بيومٍ أو تُؤَخَّر إلى أن تضع، فيُسلَّم الكلُّ دفعةً، واحدةً؟ فيه قولان:

أحدهما: تُؤَخَّر؛ لأن البينونَة مُسْقِطة للنَّفقَةَ، والحَمْلُ غير مستيقَنٍ، وقد يُظَنَّ، فيتبين خلاف المظنون، فلا يوجب التسليم إلا بيقين، وأصحُّهما، وهو اختيار المزنيِّ أنه يعجل التسليم، لقوله تعالى: **﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق ـ ٦]** ، والقولان يبنيان على الخِلاَفِ المعرُوفِ في أن الحَمْلِ هل يُعْرف، والأصحُّ أنه يعرف، ولذلك نقول: لو خرجَتِ الجارية المشتراةَ حاملاً يَردُّها، ولا تُؤخَذ الحامل في الزكاة، وتجب الخلفات في الدية وقال ﷺ: «أَلاَ لاَ تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّىٰ تَضَعَ»[(١)] .

التفريع: إن قلْنَا: يُؤخَّر التسليم، فلو قالت: وضعْتُ الحمل، وأنكر الزوجْ فعليها البيِّنةُ على الوضْع، وإن قلْنا: يعجل، وادعت ظهور الحَمْل، وأنكر، فكذلك، وتُقبل فيهما شهادة النساءِ، وذكر القاضي ابن كج أنَّ أبا الحُسَيْنِ حكَىٰ عن بعض الأصحاب أنه لا يُعْتَمد قولُهُن، إلا بعد مضي ستة أشهر، وأن الجمهور لم يشْتَرِطوا ذلك، ولو كان ينفق على ظَنِّ الحملْ، ثم بان أنه لا حَمْلَ، فإن أوجَبْنا التعجيل قبل الوضع، فله الاسترداد؛ لأنه سلَّم عن جهة الواجب، وقد تَبيَّن خلافُه، فأشبه ما إذا ظن أن عليه دَيْناَ، فأداه، ثم بان خلافُهُ، وما إذا أَنْفَقَ على أبيه على ظَنِّ إعساره، وبان يساره، وعن القاضي الحُسَيْن أنه احتجَّ لذلك بما رُوِيَ أن أُبيَّ بن كعْبٍ ـ رضي الله عنه ـ عَلَّمَ رَجُلاً القُرآنَ أَوْ شَيْئاً مِنْهُ، فَأَهْدَىٰ لَهُ قَوْساً، فقال له النَّبِيُّ ﷺ «إنْ أَخَذْتَهَا، أَخَذْتَ قَوْساً مِنَ النَّارِ»[(٢)] ويقال: إن ذلك الرجل ظَنَّ وجوب الأجرة عليه مِنْ غَيْر شرط، وكان يُعْطِي

---

(١) تقدم في الاستبراء.

(٢) رواه ابن ماجة [٢١٥٨] والروياني في مسنده، والبيهقي كلهم من رواية عبد الرحمن بن سلم، عن عطية الكلاعي، عن أبي بن كعب، قال البيهقي وابن عبد البر: هو منقطع، يعني بين عطية وأبي، وقال المزي: أرسل عن أبي، وكأنه تبع في ذلك البيهقي، وإلا فقد قال أبو مسهر: إن عطية ولد في زمن النبي ﷺ، فكيف لا يلحق أبياً، وأعله ابن القطان وابن الجوزي بالجهل بحال عبد الرحمن، وله طرق عن أبي، قال ابن القطان: لا يثبت منها شيء، وفيما قال نظر، وذكر المزي في الأطراف له طرقاً، منها ما بين أن الذي أقرأه أبي، هو الطفيل بن عمرو، وفي الباب عن عبادة=

القوس على ظَنِّ أنه يعطي عن الواجب عليه، فمنع النبيُّ ﷺ مِنْ أخذه، وإن قلْنا: لا يجب التسليم قَبْل الوضع، فإن أمر الحاكم به، فيسترد أيضاً، وإلا فإنْ لم يَذْكُر أن المدفوع نفقةٌ معجَّلةٌ، لم يسترد، وجُعِلَ متطوعاً، وإن ذَكَرَ أنه نفقة معجَّلَة، فإن شرط مع ذلك الرجُوعَ، رَجَعَ، وإلا فوجهان:

أصحُهما: أنه يرجع، وقد يُرتَّبان على الخلافِ في مثل هذه الصُورة في تعجيل الزكاة، وهذه أوْلَىٰ بالرجوع؛ لأنه تَبيَّن بالأجرة حُصُول الوجوب عند التسليم، وفي الزكاة بخلافه، وخَرَّج القفَّال مما نحن فيه أن الدَّلاَّل إذا باع متَاعاً لرجل، فأعطاه المشتري شيئاً، وقال: وهَبْته منك، أو قال له الدلال وهبته مني، فقال: نَعَمْ، هل يحلُّ له قَبُوله وأخْذُه؟ قال: إن علم المشتري أنَّه لَيس علَيْه أن يعطيه شيئاً، فله قَبُوله، وإن ظَنَّ أنه يجب عليه أن يعطيه، ويهب منه، فلا، وللمشتري الرجُوعُ فيه، وأجرة الدَّلاَّل على البائع الذي أمره بالبَيْع[1].

فَرْعٌ: لو أنفق على التي نكَحَها نكاحاً فاسداً مدَّةً، ثم بان فسادُ النكاح، وفرق بينهما، قال الأصحاب لم يسترد ما أنفق بل يجعل ذلك في مقابلة استمتاعه بها وإتلافه منافعها فإن كانت حاملاً أوجبْنا النفقة بناء على أن النفقة للحَمْل، فعدم الاسترداد أظهر ثم في الفصْل صُوَرٌ تتعلَّق بالخلاف في أن النفقة للحَمْل أو للحامل.

إحداهما: لو لم يُنْفِق عليها، حتى وضَعَتِ الحمل، أو لم ينفق في بَعْض مدة

= ابن الصامت، رواه أحمد وأبو داود وابن ماجة من حديث مغيرة بن زياد، عن عبادة بن نسي عن الأسود بن ثعلبة عنه، قال: علمت أناساً من أهل الصفة الكتابة والقرآن، فأهدى إلى رجل منهم قوساً، الحديث، ومغيرة مختلف فيه، واستنكر أحمد حديثه، وناقض الحاكم فصحح حديثه في المستدرك. واتهمه به في موضع آخر، فقال: يقال إنه حدث عن عبادة بن نسي بحديث موضوع، والأسود بن ثعلبة قال ابن المديني في كلامه على هذا الحديث: إسناده معروف إلا الأسود فإنه لا يحفظ عنه إلا هذا الحديث، كذا قال مع أن له حديث آخر من روايته عن عبادة بن الصامت أيضاً، رواه أبو الشيخ في كتاب ثواب الأعمال، وثالث أخرجه الحاكم في النساء تطهر، ورابع أخرجه البزار في الفتن، كلاهما من حديث معاذ بن جبل، ولم ينفرد به عن عبادة، بل تابعه جنادة بن أبي أمية، رواه أبو داود والحاكم والبيهقي، لكن قال البيهقي: اختلف فيه على عبادة، فقيل عنه عن الأسود بن ثعلبة، وقيل عنه عن جنادة، ورواه الدارمي بسند على شرط مسلم من حديث أبي الدرداء، لكن شيخه عبد الرحمن بن يحيى بن إسماعيل لم يخرج له مسلم، وقال فيه أبو حاتم: ما به بأس، قال دحيم: حديث أبي الدرداء في هذا ليس له أصل.

(١) وحكى الإمام كلام القفال ثم قال: وفيه نظر لأن الهبة عقد تمليك، والظنون لا تغير مقتضيات العقود. نعم يمكن تخريج هذا على أن النظر في العقود إلى المقصود أو إلى مقتضيات الألفاظ من العقود. فإن نظرنا إلى الأول صح ما قاله القفال، وإن نظرنا إلى الثاني فلا رجوع إذ لا يغلب بالقبض.

الحَمْل، فإن قلْنا: لا يجب التعجيل، بل يُؤَخّر إلى الوضع، لم تسقط نفقة المدة الماضية، وإلاَّ، فلا يكون الإيجابُ مفِيداً وإن أوجبْنا التعجيل، فمنهم مَنْ قال: يُبْنَىٰ سقوط نفقة المدة الماضية على أن النفقة للحَمْل أو للحاملْ؟ إن قلْنا: للحامل، لا تسقط، وتصير دَيْناً في الذمة، كنفقة الزوجة، وإن قلْنا: للحمل، يسقط؛ لأن نفقة القَرِيب تَسْقط بمضيِّ الزمان، وهذا ما أورده المتولِّي وصاحب الكتاب، ومنْهم مَنْ قال: لا تسقط، وإن قلْنا: إنها للحَمْل؛ لأن المرأةَ مستحقةٌ لها، وانتفاعها بها أكبر من انتفاع الحمل، فكان كنفقة الزوجة؛ ولذلك قلنا بأنها تَتقدَّر، وهذا ما أورده صاحب «التهذيب» وغيره.

وقد حكى الطريقَيْنِ الشيخُ أبو عليٍّ وقال: ظاهر المذهب ما عليه الجمهور: أنها لا تسقط على القولَيْنِ، ويجوز أن يُعْلَم لذلك قوله في الكتاب: «فإنه تسقط بمضي الزمان» بالواو.

[و]**الثانية**: نفقة البائنة الحَامِل، هل تجب على الزوج الرقيق قال الأصحاب: يُبْنَىٰ ذلك على القولَيْن في أنَّ النفقة للحَمْل أو للحَامِلِ؟ إن قلْنا: للحمل، لم تجِبْ عليه؛ لأن الرقيق لا يلزمه مؤنة القريب ونفقته، وإن قلنا: للحامل، وجب، وكان شَغْل مائِهِ الرَّحِمَ كرابطة الزَّوْجية.

الثالثة: لو كان الحمل رقيقاً لكون الأم رقيقةً، ففي وجوب النفقة على الزوْج حرّاً كان أو رقيقاً قولان: إن قلْنا: إن النفقة للحَمْل، لم تجب عليه، بل هي على المالك، وإن قلْنا: للحامل، وجبت، ومن فروع القولَيْن صور أخر:

منها: ذكر القاضي ابن كج أنَّه إذا كان الحمْل موسراً، وقلْنا: إن النفقة للحَمْل، وإنَّها تُؤَخَّر إلى الوَضْع، فإذا وضَعَتْ، سلمت النفقة من ماله إلى الأم، كما تنفق عليه من ماله في المستقبل، قال: ويُحْتمل عندِي أن يكون ذلك على الأب، وإن قلْنا: يجب التعجيل، فلا تُؤْخَذ من مال الحمل، كما لا يوجب فيه الزكاة والمؤنَات، ولكِنْ ينفق الأب عليها، فإذا وضَعَت، ففي رجوعه في مال الصبيِّ وجهان.

ومنها: قال ابن الحدَّاد: لو اختلف المبتوتة والزوج في وقْت الوضع، فقالت: وضعت اليوم وطالبته بنفقة شَهْرٍ قبله، وقال: بل وضعَتْ منذ شهر، فالقولُ قول المرأة، وعليه البينة؛ وذلك لأنَّ الأصْلَ عدم الولادة، واستمرار النفقة، ولأنها أعرف بالولادة، وهذا ظاهر على قوْلِنا: إن النفقة للحامل، أما إذا جعلْناها للحمل، فهو مبنيٌّ على أن هذه النفقة لا تسقُطُ بمضيِّ الزمان، وإلا فلا يمكنها المطالبة بنفقة ما مضىٰ، ولو كانت المبتوتة رقيقةً، وفرض هذا الاختلاف، فإن قلْنا: إن النفقةَ للحَمْل، فلا معنى لِهَذا الاختلافِ، ولا شَيْء عليه لا قَبْل الوضع ولا بعده، وإن قلْنا: للحامل، فالحُكْم كما في الحُرَّة، ولو وقع هذا الاختلاف بين الموطوءة بالشبهة أو المنكوحة نكاحاً فاسداً وبين

الواطىء، فإن أوجبْنا لها النفقةَ بناءً على أن النفقة للحَمْل، فالقَوْلُ قولُهَا مع اليمين، وإن لم نُوجِبْ، فلا معنى لهذا الاختلاف، لكن لو اختلفا علَىٰ العكس؛ لنفقة الولد، فقالت: ولدت منذ شَهْرٍ، فعليك نفقة الوَلَدِ لمدة شهر، وقال: بل وضعْتِ أمس، فهذا يبنى على أن الأم إذا أنفقت على الوَلَدِ أو استدانت لنفقته، هل ترجع على الأب وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى.

ومنها: ذكر أبو سعيد المتولِّي أنَّها لو أبرأَتِ الزوْجَ عن النفقة، فإن قلْنا: إنها للحامل، سقَطَت، وإن قلْنا: للحمل، لم تسقط، ولها المطالبة بعْد الإبراء، ولك أن تقول: إن كان الإبراء عَنْ نفقة الزمان المستقبل، فقد مَرَّ حكمه، وإن كان عَمَّا مضى، فالنفقة مصروفة إليها على القولَيْن، وقد مر أن الظاهر أنها تَصِيرُ ديناً لها حتى تصرف إليها بعْد الوضع أيضاً، فينبغي أن يصح إبراؤها على القولين.

وذكر أنه لو أعتق أم ولده، وهي حاملٌ منه، لزمت نفقتها، إنْ قلْنا: إن النفقة للحمل، ولا يلزم إنْ قلنا: إنها للحامل، وأنه لو مات وترك أباه وامرأته حُبْلَىٰ، لها مطالبة الجَدِّ بالنفقة، إن قلْنا: إن النفقة للحمل، وإن قلْنا: إنها للحامل، فلا مطالبة، وقطع في «التهذيب» بأنها لا تُطَالِبُ الجَدَّ؛ لأنها نفقة مصروفة إلى الزوْجة؛ فلا يجب على غير الزوج، ويقرب منه كلام الشيخ أبي عليٍّ.

ومنها: لو نشزت المرأة، وهي حامل، حكى القاضي ابن كج تخريجَ سقُوطِ النفقة على أنها للحامل أو للحمل؟ والصحيح سقُوطُها، والتردُّد في البائنة لا في الزوجة، والله أعلم.

البَابُ الثَّالِثُ فِي ٱلإِعْسَارِ بِالنَّفَقَةِ

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَهُوَ مُوجِبٌ (ح) لِلْفَسْخِ فِي أَظْهَرِ القَوْلَيْنِ، وَالنَّظَرُ فِي أَطْرَافِ (الطَّرَفُ الأَوَّلُ فِي العَجْزِ) وَنَعْنِي بِهِ أَنْ يَعْجَزَ عَنِ القُوتِ بِالفَقْرِ، فَإِنْ تَعَذَّرَ بِالمَنْعِ مَعَ الغِنَى فَقَدْ قِيلَ بِطَرْدِ القَوْلَيْنِ، وَقِيلَ: لاَ فَسْخَ لأَنَّهُ ظُلْمٌ، وَالقَادِرُ بِالكَسْبِ كَالقَادِرِ بِالمَالِ، وَالعَجْزُ عَنِ الأُدْمِ لاَ يُؤَثِّرُ عَلَى الأَصَحِّ، وَفِي العَجْزِ عَنِ الكُسْوَةِ أَوِ المَسْكَنِ أَوْ نَفَقَةِ الخَادِمِ وَجْهَانِ، وَلاَ يُؤَثِّرُ العَجْزُ عَنِ المَهْرِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلاَ يُؤَثِّرُ العَجْزُ عَنْ نَفَقَةِ الزَّمَانِ المَاضِي بَلْ ذَلِكَ دَيْنٌ مُسْتَقِرٌّ فِي ذِمَّتِهِ فَرَضَهُ القَاضِي أَوْ لَمْ يَفْرِضْهُ (ح)، وَلَوْ قَدَرَ كُلَّ يَوْمٍ عَلَى ثُلُثِ المُدِّ فَلَهَا الفَسْخُ، وَإِنْ قَدَرَ عَلَى النِّصْفِ فَوَجْهَانِ إِذْ فِي الخَبَرِ أَنَّ طَعَامَ الوَاحِدِ يَكْفِي ٱلاثْنَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مقصودُ البَابِ الكلامُ فيما إذا أعْسَرَ الزَّوْجُ، وعَجَز عن القيام بمؤنات

الزَوْجَةِ الموظفات عليه والذي نصَّ عليه الشافعي ـ رضي الله عنه ـ في كتبه قديماً وحديثاً: أنه إذا أَعْسَرَ بالنفقة، كانت المرأة بالخيار، إن شاءت، صَبَرَتْ وأنفقت من مالها، أو استقرضت ونفقتها في ذمته إلى أن يُوسِرَ، وإن شاءت، طلَبَتْ فسْخَ النكاح.

وقال في بعض الكتب بعد ذكر ذلك: وقد قيل: إنه لا خيار لها، واختلف الأصْحَابُ علَىٰ طريقَيْن:

أظهرهما: أن في المسألة، قولَيْنِ:

أصحُهما: أن لها خيارَ الفَسْخِ، وبه قال مالك وأحمد؛ لِمَا رُوِيَ عن أبي هريرة ـ رضي الله عنهما ـ: أن النبيَّ ﷺ قال: في الرجل لا يجِدُ ما يُنْفِقُ على امرأته: «يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا»(١): ويروى مَنْ أَعْسَرَ بِنَفَقَةِ ٱمْرَأَتِهِ، يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا، وسئل سعيد بن المُسيِّب ـ رضي الله عنه ـ عن رَجُلٍ لا يجد ما ينفق على أهْلِهِ قال: يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا، فقيل له: سُنَّةٌ؟ قال: نَعَمْ، سُنَّةٌ(٢)» قال الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ: الذي يشبه أن يكون قول ابن المسيِّب ـ رضي الله عنه ـ أنَّه سُنَّةُ رسول الله ﷺ، وأيضاً فالعجز عن الوطء بالجبِّ والعُنَّة يُثْبِت حق الفسخ، فالعَجْز عن النفقة[أولى؛ لأنَّ الصَّبْر عن الاستمتاع أسْهَلُ من الصبر عن النفقة] وعبر عن ذلك بأن النفقة أمْرٌ مقصودٌ بكل نكاح، فيَثْبُتُ الخِيَارُ بفَقْدِهِ، كالاستمتاع، وقَصَدَ بالقيد المذكور الاحترازَ عن الزيادة على نَفَقَةِ المُعْسِرين، وعن نفقة الخادمة.

والثاني: وبه قال أبو حنيفة: أنه لا فَسْخ لها؛ لأنَّ المُعْسِر مُنْظَرٌ، ولأنَّ الفَسْخ يُفوِّت حقه، وترك الفسخ يُؤَخِّر حقها، والتفويت أشَدُّ من التأخير، ولأنها نفقةٌ واجبةٌ، فلا يثبت بها حقُّ الفَسْخ، كالنفقة الماضية.

قال القاضِي الرُّويانيُّ: قال جَدِّي: وبهذا أفتى.

والطريق الثاني: القطْعُ بالقَوْل الأوَّل، وحمْلُ الآخر على حكاية مذْهَب الغَيْر، وهذا أظهر عند القاضيين ابن كج والرويانيِّ، وإذا قلْنا بالأصحِّ، احتجنا إلى معرفةِ ما يثبت طلَبَ التفريق، ومعرفة حقيقة هذا التفريق، ووقته ومَنْ له طلبه، فجعل صاحب الكتاب الكلامَ في أربعة أطراف:

أما الأول، ففيه مَسَائِلُ:

---

(١) أما حديث أبي هريرة فرواه الدارقطني والبيهقي من طريق عاصم عن أبي صالح عن أبي هريرة، وأعله أبو حاتم.

(٢) قول سعيد بن المسيب فرواه الشافعي [١٧٢٣] عن سفيان عن أبي الزناد.

إحداها: المُثْبِت لِحَقِّ الفَسْخ العجزُ والإعسارُ، أما إذا امتنع عن تسليم النفقة، مع وِجْدَانها، ففيه وجهان:

أحدهما: أن لها حقَّ الفسخ؛ لأنها لا تصل إلى حقِّها وتَتضرَّر، فيجعل الامتناع كالعجز.

وأظهرهُما: المَنْعُ؛ لأنها تَتمكَّن من تَخصِيل حقِّها بالسلطان؛ بأن يلزم بالحبس وغيره، وإن كان له مالٌ ظاهرٌ، أنفق السلطانُ منه، وليس ذلك موْضِعَ الخلاف، وكذا لو قَدَرَت المرأة على شيْءٍ من ماله[1]، ولو غاب، وهو مُوسِرٌ في غيبته، ولا يوفيها حقَّها، جرى الوجهان، فعلى الأظهر: لا فسخ، وكأن المؤثر،تعيّبه بخراب الذمة وهو من الموسرين، ولكن يبعث الحاكم إلى حاكم بَلَدِهِ ليطالبه، إنْ كان موضعه معلوماً، وعلى الوجْهِ الآخر: يجوز الفسْخُ إذا تعذَّر تحصيلُها، ولا تكلف أن تصبر وتتحمل الضرر، وهو اختيار القاضي الطبريِّ، وإليه مال ابن الصبَّاغ، وذكر القاضي الرُّوياني وابن أخته صاحب العُدَّة: أن المصْلَحَة الفتوى به، وإذا لم نُجَوِّز الفسخَ، والغائبُ موسرٌ، فلو لم نَعْلَمْ أنَّه موسر أو مُعْسِر، فكذلك الحُكْم؛ لأن السبب لم يَتَحقَّق، ومهْما ثبَتَ إعسار الغائِب عند حاكم بلَدِها، فيجوز الفسْخُ أو لا يَفْسَخ حتى يبعث إلَيْه، فإن لم يَحْضُرْ، ولم يبعث النفقةَ فحينئذ يَفْسَخ؟ ذُكِرَ فيه وجهان:

أصحُهما: الأول، وهو الذي أورده في «التتمة»، ولو كان الرجل حاضراً، وماله غائب، فإن كان على ما دون مسافة القَصْر فلا خيار، ويؤمر بتعجيل الإحضار، وإن كان على مسافة القصر فلها الخيار، ولا يلزمها الصبر، وقد يحتج بهذا لأحد الوجهَيْن، فيما إذا غابَ، وهو موسر في الغَيْبة، وفرق صاحب «التهذيب» بينهما بما لا يَقَع، فقال: إذا كان المال غائباً، فالعجز عن جهة الزوج، وإذا كان الزوج غائباً، وهو موسر، فقدْرَتُه حاصلةٌ، والتَّعذُّر مِنْ جهتها.

ولو كان له دَيْنٌ مُؤَجَّل على إنسانٍ، فلها الخيار، إلاَّ أنْ يَكُون الأَجَلُ قريباً، ويُشْبه أن يضبط القرب بمدَّة إحضار المال الغائب إلى ما دون مسافة القَصْر[2]، ولو كان حالاًّ، فإن كان على المُعْسِر، فلها الخيار، وإن كان على مُوسِر، حاضر، فلا خيار، وإن كان غائباً، فعن «الحاوي»: أنه على وجْهَيْنِ، كما لو كان الزَّوْج غائباً، وهو موسر، ولو كان له على زوجته دَيْنٌ، فأمرها بالإنفاق منه، فإن كانتْ موسرةً، فلا

---

(١) ما ذكره من تقييد موضع الخلاف تابع فيه الإمام فإنه قال: عندي أن محل الخلاف إذا لم يقدر على خلاص الحق بالسلطان ولا يأخذها طائفة من ماله فإن قدرت على ذلك لم يثبت لها الفسخ قطعاً.

(٢) ويؤيده قول الماوردي والروياني في الصانع كالبحار والجمال إذا مرض فإن كان يرجو الزوال بعد يوم أو يومين فلا خيار وإن كان بعيد الزوال ثبت الخيار. انتهى.

خيار، وإن كانت مغسِرةً، فلها الخِيَار؛ لأنَّها لا تَصِلُ إلَىٰ حقِّها من ماله، والمُعْسِر مُنْظَرٌ، وعلَىٰ قياس هذه الصُّوَر، لو كان له عقار ونحوهُ، لا يُرْغَب في شرائه، ينبغي أن يكون لها الخيارُ، ومَنْ عليه دُيُونٌ تسْتغرق مالَهُ، لا خيار لزوجته، حتى يُصْرَف ماله إلى الدُّيُون، ولو تَبرَّع متبرِّع بأداء النفقة عن المُعْسِر، لم يلزمْها القبول، ولها الخيار، كما لو كان له ديْنٌ على إنسانٍ، فَتَبَرَّع غيره بقضائه، لا يلزمُهُ قَبُولُه؛ وهذا لأن فيه تحمُّل مِنَّةٍ من المتبرِّع، وحكَىٰ القاضي ابن كج: أنه لا خيار لها والظاهر الأوَّل، ويجُوز أن يُوَجَّه الخلاف؛ بأن الفسخ لنُقْصان الزوج وتعييبه بخراب ذمته أو لتضرُّرها بتَعذُّر النفقة، كما وُجِّه بالمعنَيَيْنِ الخلاف فيما إذا كان الزوْجُ غائباً، وهو موسر وفي «التَّتمة»: أنه لو كان بالنفقة ضامِن، ولم نُصحِّح ضمان النفقة فالضامن كالمتبرِّع، وإن صحَّحناه، فإن ضَمِن بإذْن الزوج، فلا خيار لها، والضامن في أداء النفقة ينزل منزلة الزوج، وإنْ ضَمِن بغير إذْنِهِ، فوجهان؛ لأنه كالمتبرِّع، لكن الحق ثابتٌ، والمطالبة متوجِّهة.

ولو أن المُوسِر كان لا يعطيها إلا نفقةَ المُعْسِر، فلا خيار لها؛ لأنَّهُ يكفي قواماً، والباقي يصير دَيْناً في ذمته.

الثانية: القُدْرة بالكسب كالقُدْرة بالمال، فلو كان يكسب كلَّ يوم قَدْر النفقة، فلا خيار؛ لأنَّ النفقة هكذا تجب، وليس علَيْه أن يَدَّخِر للمستقبل، ولو كانَ يَكْسِب في يوم ما يكفي لثلاثة أيام، ثم لا يكْتَسِب يومَيْنِ أو ثلاثاً، ثم يكتسب في يوم ما يَكْفِي للأيام الماضية، فلا خيار؛ لأنه ليس بمعسر، ولا تشق الاستدانة؛ لما ينفق من التأخير السِيَر، وكذلك الحُكْم في النساج الذي ينسج في الأسبوع ثوباً تَفِي أجرته بنفقة الأسبوع، حكاه صاحب «الحاوي» عن أبي إسْحَاقَ، وأورده كذلك صاحب «المهذب» و«التهذيب» لكن ذكَرْنا في المال الغائبِ على مسافة القَصْر: أن لها الخِيَارَ، وقد يمكن إحْضَاره فيما دون أسبوع، والوجه التَّسْوِيَة[(١)].

---

(١) فيه أمران:

أحدهما: مراده بالاستدانة في الصورة الأولى أنها هي تستدين للإمام الثلاثة كما صرح به البغوي فإنه قال في التهذيب: أما إعسار التأخير لا يثبت الفسخ مثل أن يكتسب في يوم ما يكسبه لثلاثة أيام بعده ثم يبقى يومين أو ثلاثة لا يكتسب ثم يكتسب للأيام الماضية أو كان نساجاً ينسج في كل أسبوع يوماً يكفيه أجرته للأسبوع فلا خيار لها لأنه ليس بإعسار بل هو تأخير للحق من وقت ويستدين يوم التأخير.

الثاني: أن النووي رحمه الله نازع الرافعي في التسوية وقال في زوائده: المختار أنه لا خيار كما ذكره هؤلاء الأئمة. واعلم أن الرافعي عسر عليه الفرق بين المسألتين فسوى بينهما مع اعترافه بأنه خلاف المنقول والنووي صحح التعاكس وفق النقل ولم يبد فارقاً. فنقول: الموجب لاعتقاد الرافعي التسوية ظنه أن المراد بالاستدانة والاستقراض للمرأة. وهذا شيء تابع فيه البغوي.

وإذا عَجَز العامل عن العمل لمرض، فلا فَسْخ، إن كان يُرْجَىٰ زواله يومين أو ثلاثةً، وإن كان تَطُول مدته، فلها الخيار، وحكى في «التتمة» وجهَيْنِ فيما إذا كان يكسب في بعض الأسبوع ما يكفي لجميعه، فتعذَّر عليه العَمَل في بعض الأسابيع، لِعَارِضٍ، وقال: الصحيح ثبوتُ الخيار، وإذا لم يستعمل البَنَّاء والنَّجّار أحد، وتعذَّرَت النفقةُ كذلك، فعن الماوَرْدِيِّ: أنه لا خيار، إن كان ذلك يَقَع نادراً، وإن كان يقع غالباً، فلها الخيار.

والقادِرُ علَىٰ الكسب إذا لم يكْتَسِبْ، كالموسر الممتنع، إن أوجبنا عليه الاكتسابَ، لنفقة الزوجة، وفيه خلافٌ سنذكره.

الثانية: النفقة التي تُثْبت الفسْخَ بالعجز عَنْها نفقةُ المعسرين دون نفقة المتوسطين والموسرين، وهذا شخْصٌ قد عاد من حَدِّ اليسار إلى حَدِّ الإعسار، ولو قَدَرَ كلَّ يوم على دُونَ نصْفِ المُدِّ، فلها الفسخ؛ لأنه لا يَكْفِي، ولو قَدَرَ عَلَىٰ النِّصْف، فوجهان:

أصحُّهما: الجواز كذلك.

والثاني: المَنْعُ؛ لأنه يصلح بلاغاً، وقد ورد في الخبر أنَّ طعامَ الوَاحِدِ يَكْفِي الاثْنَيْنِ[١] ويجْرِيان فيما لو كان يجد يوماً مدّاً، ويوماً نصْفَ مُدٍّ، وأجريا أيضاً فيما إذا كان يجد يوماً مدّاً، ويوماً لا يجد شيئاً، ولو كان يجد بالغداة ما يُغَديها، وبالعَشِيِّ ما يُعَشِّيها، فوجهان:

أحدهما: أن لها الخِيَارَ؛ لأن نفقة اليَوْم لا تبعَّض، وأصحُّهما على ما قال في «التهذيب»[٢]: لا خيار لَهَا؛ لوصول وظيفة اليوم إلَيْها، وهل يثبت الخيار بالإعسار [بالأُدْم][٣] فيه وجهان:

أحدهما: نَعَمْ؛ لعسر الصبْر على الخُبْز البحت دائماً، وبه قال الداركيُّ، ورجَّحه الرويانيُّ.

والثاني: لا؛ لأنه تابعٌ، والنفس تقوم بدونه، وهذا أصحُّ عند الإمامين أبي حامد والقَفَّال وغيرهما ـ رحمهم الله ـ وتابَعَهُمُ الإمام وصاحب الكتاب والفرَّاء ـ رحمهم الله ـ وعن «الحاوي» تَوَسُّطٌ وهو أن القُوتَ إنْ كان بحيث ينساغ للفقراء بلا أُدْم، فلا خيار لفقد الأُدْم، وإلاَّ، فيثبت الخيار.

---

(١) رواه مسلم (٢٠٥٩) والترمذي وابن ماجة عن جابر أتم منه، وله طرق.
(٢) سكت عما إذا قدر على زيادة على نصف مد لكنه ذكر في كتاب الأيمان ما يقتضي أنها لا تنفسخ.
(٣) في ز: بالمد.

ويثبت الخيار بالإعسار بالكُسْوة؛ لأنه لا بُدَّ منها، ولا تَبْقَىٰ النفس بدُونها، وفيها وجْهٌ آخَرُ: لأنها ليست من ضرورات الخِلْقة، ويقال: إن من الناس صنفاً لا يلبَسُون الثِّيَاب، والظاهر: الأول. ومنهم مَنْ قطع به، وفي الإعْسَار بالمسكن وجهان:

وجه المنع: أن النفس تَقُوم بدُونِه، فإنها لا تَعْدَمُ مسجداً أو موْضِعاً مباحاً، وبهذا قال الشيخ أبو حامِدٍ فيما حكاه عن الشيخ أبي عَلِيٍّ سماعاً، ورجَّحه صاحب «التهذيب»، والأصحُّ: ثبوت الخيار؛ لأن الإنسان لا بُدَّ له من مسكن يأْويهِ من الحَرِّ والبَرْدِ يقيه، والحِوَالَةُ على المسجد كالحِوَالَة في النفقة على السؤال والْتِقَاطِ السنابل، وهذا أوجه، واختاره الشيخ أبو عليٍّ وابن الصبَّاغ والرُّويانيُّ، والإعسار بنفقة الخادمة لا يَثْبُت الخيار؛ على الظاهر المنصوص؛ لسهولة الصبر عنها، وأكثر الناس يقومون بأمرهم بلا خادم وذكر وجه: أنه يُثْبِت الخيار؛ لأنها نفقة مستحَقَّة بالنكاح، فأشبَهَتْ نفقة المخدومة.

الرابعة: في الإعسار بالمَهْر طرقٌ:

أحدها: وبه قال أبو عليٍّ وابن أبي هُرَيْرَةَ والطبريُّ وأبو حفْصٍ ابن الوَكِيلِ والقاضي أبو حامِدٍ: أنه إن كان قَبْل الدخول، ففي ثبوت الخيار به قولان:

أحدهما: المنع؛ لأن النفس تقوم بدون الصداق، فأشبه نفقة الخادمة.

والثاني: يثبت؛ لأنه عَجزٌ عن تسليم العوضِ، والمُعَوَّضُ باقٍ بحاله، فأشبه ما إذا أفْلَسَ المشتري بالثمن، وإن كان بعد الدخول، فلا فسخ بلا خلاف؛ لأنه تلف المُعَوَّض، وصار العِوَض دَيْناً في ذمَّته، ولأن تسليمها يُشْعِر برضاها بذمته، وإذا مَنَعْنَاها مِنَ الامتناع بعدما سَلَّمَت نفسَها، فَلأَنْ لا تُسلِّطَهَا على الفَسْخ كانَ أَوْلَىٰ، وأظهرهما عند الشيخ أبي حامِدٍ والقاضي الرُّويانيِّ وغيرهما: أنه يَثْبُت الخيار قبل الدخول بلا خلاف، وفيما بعده قولان:

أحدهما: لا يثبت؛ لما ذكرنا.

والثاني، ويحكى عن نَصِّه ـ رضي الله عنه ـ في «الإملاء» أنه يثبت؛ لأن البُضْع لا يتْلَفُ حقيقةً بوطأةٍ واحدةٍ، وقد أشير إلى بناء القولَيْن على تردُّد في أن المقابل بالمهر الوطأة الأُولَىٰ فيكون المُعوَّض تالِفاً، ويمتنع الفَسْخ أو في مقابلة جميع الوطآت، فيكون بعض المعوَّض تالفاً، فيشبه بقاء بعْض المبيع في يدِ المُفْلِس.

والثالث: طرد القولَيْنِ في الحالَيْنِ.

والرابع: القطْعُ بثبوته قبل الدخول، وبالنفي بعْده وبه قال أبو إسحاق.

والخامس: القطْع بأنه لا يثبت في الحالتين، وهو الأصحُّ عند الإمام وصاحب الكتاب ـ رحمهما الله ـ؛ لأنه ليس في فوات المَهْر وتأخيره مثْلُ ضَرَرِ فوات النفقة، وليس هو على قياسِ الأعواض، حتى ينفسخ العَقْد بتَعذُّره، ورتَّب مُرتِّبون المَهْر علَىٰ

النفقة، ثم اختلفوا، فقال قائلون: إن لم يثبت الخيار بالإعسار في النفقة، فالإعسار بالمَهْرِ أوْلَىٰ، فإن أثبتناه فَفِي المَهْر قوْلاَن، وعكس آخرون، فقَالُوا: إن أثبتا الخيار في النفقة، ففي المَهْرِ أوْلَىٰ، وإلاَّ فقولان، والفرق على هذا أن النفقة في مقابَلَةِ التمْكِين والاستمتاع، فإذا أعسر بها، فحقُّها أن تقطع التمكين والطاعة؛ لأن الفسخ والمَهْر في مقابَلَةِ مِلْك البُضع، فإذا أعْسَرَ به، كان لها أن تَقْطَع الملك، وتخرج من هذا الترتيب الثاني: طريقةٌ قاطعةٌ بثبوت الخيار بالإعسار وبالمهر، فإذا أخذت حاصل الطرق ورمت الاختصار، قلت: في المسألة ثلاثةُ أقوالٍ ذكره في التهذيب.

أحدها: ثبوت الخيار قبل الدُّخُول أو بعده.

والثاني: المنع في الحالَيْنِ.

والثالث: الفرق بين ما قَبْلَ الدُّخُول وَبَعْده، والأَصَحُّ منها الأوَّل عند صاحب «التهذيب» وغيره.

والرابعة: الفارق عند أكثرهم، ولا خيار للمفوضة بعَجْزه عن المَهْر؛ لِأَنَّها لم تستَحِقَّ المَهْرَ بالعَقْد على الصحيح، ولكنْ لها المطالبة بالفرض، فإذا فرض، كان كالمُسمَّىٰ في العَقْد.

الخامسة: إذا لم يَنفِقْ على زوجته مدَّةً، وعَجَز عن أدائها، لم يكن لها الفَسْخ بسبب ما مَضَىٰ حتَّىٰ لو لم تفسخ في اليوم الَّذِي يَجُوز لها الفسخ ثم وجد النفقة فيما بعده من الأيام لم يكن لها الفسخ بنفقة الأمس وما قبله، وينزل ذلك منزلة دَيْنٍ آخَرَ لها عليه، وفي «التتمة» ذكر وجه أنَّ الإعسار بنَفَقَةِ الزمان الماضي كالإعسار بالصَّدَاق بَعْد الدخول، والمَشْهُور الأوَّل، ثمَّ نفقَةُ الزَّمَانِ الماضِي لا تسقط، بل تَصِير دَيْناً في الذمة، إذا كانت مقيمةً على طاعته، سواءٌ ترك الإنفاق متعدياً أو لعَجْزه وسواء قَضَىٰ القاضي بنفقتها، وفَرَضَ، أوْ لَمْ يَفْرِض، وبه قال مالك وعند أبي حنيفة: لا تَصير دَيْناً إلا بِفَرْض القاضي وعن أحمد ـ رحمه الله ـ روايتان كالمذهبَيْن.

لنا: أن النفقة عِوَضٌ عن الطاعة والتمكين، فإذا بَذَلَتْ ما عليها، وَجَب أن ما يستقر لها، وليست كنفقة القريب؛ لأنها تجب على سبيل المواساة؛ صيانة له على الهلاك، ونفقة الزوجة تجب عوضاً، ولذلك تجب على الموسر والمعسر بخلاف نفقة القريب، والإدَامُ ونفقةُ الخادِمَةِ يَثْبُتَان في الذمة كنفقة[1] الزوجة: وثبوت الكسوة في

---

(١) وما جزم به في الأدم هو أحد الوجهين، والثاني: لا يثبت لأنه تابع ولم يذكر الجرجاني في الشافعي غيره.

الذِّمَّة ينبني على أن الواجب فيها التمليك أو الإمتاع، إن أوجبنا التَّمْليك، تثبت في الذمة، وإلا، لم تثبت كمؤنة السُّكْنَىٰ وخُرِّجَ من النفقة في [مؤنة] السكنى أنها تثبت أيضاً وفي كتاب القاضي ابن كج: أن أبا الحُسَيْن حكَىٰ عن القديم قولا أن نفقة الخادِمِ لا تَصير دَيْناً، وهذا ما أورده في «التتمة» ويعود إلى لفظة الكتاب قوله: «وهو موجب للفسخ» مُعْلَم بالحاء، ويجوز أن يعلم قوله: «في أظهر القولين» بالواو؛ للطريقة القاطعة.

وقوله: «فإن تَعذَّر بالمنع مع الغِنَىٰ، فقد قيل بطَرْدِ القولَيْن، وقيل: لا فَسْخَ» إطلاق الطريقين في سياق الكتاب غَيْرُ مُسْتَحْسَن؛ لأن قوله: «والنظر في أطراف» إلى آخرها مفرَّعٌ على أظهر القولَيْن، وهو ثبوت الفسخ بالإعسار؛ ألا تراه يقول في آخر الباب «وإن قلْنا: إن الإعسار لا يُوجِب الفَسْخَ أصلاً»، وإذا كان التفريعُ عليه لم يحسن التعرُّض فيه للقول الآخر. بل الحسن الاقتصارُ على ذِكْر الوجهَيْن أعني فيما إذا امْتَنَع مَعَ الغِنَىٰ.

وقوله: «لأنه ظُلْمٌ» يعني أن العجز هو المحوج إلى الفسخ، فأما الظلم، فأما الظلم، فيدفعه السلطان وقوله: «وفي العجز عن الكسوة أو المسكن أو نفقة الخادم وجهان: يجوز أن يُعْلَم لفظ «الوجهان» منه بالواو؛ لما حكينا من القطْع في نفقتها، وقوله: «ولا يؤَثِّر العَجْز عن المهر على الصحيح» الذي أورده صاحب الكتاب في «الوسيط» طريقان: أحدهما: القطْع بأنه لا خيار بالإعْسَار بالمَهْر.

والثاني: أن فيه قولَيْنِ كما في النفقة، ويشبه أن يريد بقوله: «على الصحيح» الأول من هذين الطريقين، والراجحُ عند الأكثرين خلافُهُ، كما عرفته، وقوله: «ولا يؤثر العجز عن الزمان الماضي» ليعلم بالواو وقوله «أو لم يفرضه» بالحاء والألف؛ لما مَرَّ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الطَّرَفُ الثَّانِي فِي حَقِيقَةِ هَذَا الرَّفْعَ فَالرَّفْعُ بِالجَبِّ فَسْخٌ، وَبِالإِيلاَءِ طَلاَقٌ، وَهُوَ دَائِرٌ بَيْنَهُمَا فَفِيهِ خِلاَفٌ، فَإِنْ قُلْنَا: طَلاَقٌ رَفَعتَ الأَمْرَ إِلَىٰ القَاضِي حَتَّىٰ يَحْبِسَهُ لِيُنْفِقَ أَوْ يُطَلِّقَ، فَإِنْ أَبَىٰ طَلَّقَ القَاضِي طَلاَقاً رَجْعِياً، فَإِنْ رَاجَعَ طَلَّقَ ثَانِياً وَثَالِثاً، وَإِنْ قُلْنَا: فَسْخٌ فَلاَ بُدَّ مِنَ الرَّفْعِ لإِثْبَاتِ الإِعْسَارِ، ثُمَّ لَهَا الفَسْخُ إِذَا أَقَامَتِ البَيِّنَةَ أَوْ أَقَرَّ الزَّوْجُ، فَإِنْ فَسَخَتْ قَبْلَ الرَّفْعِ عِنْدَ عِلْمِهَا بِالعَجْزِ فَفِي الأنْفِسَاخِ بَاطِناً تَرَدُّدٌ وَلاَ يَنْفَسِخُ ظَاهِراً.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا ثبَتَ حقُّ التفريق [بسبب] الإعسار، فقد حكى أبو سعيدٍ المتولِّي وغيره [وجهين] أن لِلْمَرْأةِ أن تَتَوَلَّىٰ الفَسْخَ بنفسِها، وأنَّ هذا الخيار يُشْبه خيار الردِّ بالعَيْب، والمشتري يستقل بالفسْخِ هناك، فكذلك المرأة ها هنا، والصحيح المشهور أنها لا تستقل به، بل لا بُدَّ من الرفْع إلى القاضي، كما في العُنَّة، فإنه في محل النَّظَر والاجتهاد، وعلى هذا، فما حقيقة هذه الفُرْقَة؟ فيه قولان:

أحدُهما: وهو مُخرَّج: أَنَّها فُرْقة طلاَقٍ، كما في «الإملاء» واستدل له أبو يعقوب

الأبيوردي بما روي أن عُمَر بْن الخطَّاب ـ رضي الله عنه ـ كَتَبَ إِلَىٰ أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم، وأمرهم أن يأمروهم، إمَّا أن يُنفِقُوا وإما أن يُطَلِّقوا، فإن طَلَّقوا، بَعَثوا بنفقة ما حَبَسُوا[١]، فعلَىٰ هذا، إذا ثبت الإعسار عند الحاكم، أمره أن يتحمل وينفق، فإن أبى، فيُطلِّق الحاكم بنَفْسه أو يَحْبِسْه لِيُطلِّق؟ فيه الخلافُ المذكورُ في الإيلاء، والظاهر أن القاضي يُطلِّق، وإذا طلَّق طلق طلقةً رجعيةً، فإن راجَعَ، طلَّق ثانيةً وثالثةً.

وأصحُّهما: وهو المنصوصُ: أن هذه الفُرْقة فرقَةُ فَسْخ لا يَنْقُص بها عدد الطلاق، كالفسخ بالجَبِّ والعُنَّة، ويخالف الإيلاء لأن المُولِي لا عَيْب فيه، وإنما قَصَد الإضرار بها، فمُنِع منه، وأمره بأن يفيء أو يطلِّق، والعجز عن الإنفاق عيب فالحق بالعجز عن الوطء فعلى هذا إذا [شكت الإعسار، تولَّىٰ القاضي الفَسْخَ بنفسه، أو أذن لها بالفَسْخ، ومنهم من قال: إنَّها تستقل بالفَسْخ بَعْد][٢] ثبوت الإعسار عنْده وإذا قُلْنا بظاهِر المَذْهَب، وهو أنه لا بُدَّ من رفْع الأمر إلى القَاضِي فلو لم يرفع وفَسَخَتْ بنَفْسها بعلْمِها بعَجْزه، لم ينفذ في الظاهر، وهل ينفذ باطناً، حتى إذا ثبت إعْسَاره متقدِّماً على الفَسْخ إما باعتراف الزوج أو البينة، يكتفي به، ويحتسب العدَّة منه؟ فيه تردُّد وَجْهٍ، قال في «البسيط»: ولعل هذا فيما إذا قَدَرَتْ على الرفع إلى القاضي، فإن لم يكن في الصقع حاكمٌ ولا مُحَكَّمٌ، فالوجْه إثباتُ الاستقلال بالفَسْخ.

وقوله في الكتاب: «في حقيقة هذا الرفع» يعني رفْع النكاح بسبب الإعسار، وذكر صورتي الجب والإيلاء أوَّلاً ثم ذَكَرَ الخِلاَف إشارةً إلى أن هٰذَا الرَّفْع يلحق على رأي بهذا، وعلى رأيٍ بهذا، وقد ذكر في «التتمة» أن الخلاف في أنَّه فسْخٌ أو طلاقٌ مبنيٌّ على القولَيْنِ في أن القاضِيَ يُطَلِّق على المُولِي أو يَحْبِسه؛ ليطلِّق أو يفيء إن قلْنا: فيطلِّق ها هنا أيْضاً، لأنها لا تصل إلى حقِّها، وإنْ قلْنا بالثاني: فها هنا لا يمكن الحَبْس؛ لأنه عاجزٌ، فلا يبقى للخلاص طريق إلا الفسخ، ولك أن تَقُولَ: العاجزُ عن الإنفاق لا يجوز حَبْسه؛ لينفق، ولكن لا يَبْعُدُ أن يُحْبَس ليكلَّف الإنفاق أو يُطَلِّق علَىٰ ما ذكر في الكتاب حتى يحسبه؛ لينفِقَ أو يطلِّق.

وقوله: «طلق القاضي طلاقاً رجعيّاً» يجوز أن يُعْلَم بالواو؛ للقول الآخر في أن

---

(١) رواه الشافعي [١٧٢٢] عن مسلم بن خالد عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر به، ورواه ابن المنذر من طريق عبد الرزاق عن عبيد الله بن عمر به وأتم سياقاً، وهو في مصنف عبد الرزاق، وذكره أبو حاتم في العلل عن حماد بن سلمة عن عبيد الله به، وقال: وبه نأخذ، وقال ابن حزم: صح عن عمر إسقاط طلب المرأة للنفقة إذا أعسر بها الزوج.

(٢) سقط من: ز.

القاضي لا يطلِّق على المُولِي، بل يحبسه، ليُطلِّق وقد ذكرهما جميعاً أبو الفرج السرخسي تفريعاً على أن هذه الفُرْقَة طَلاَقٌ.

وقوله: «وإن قلنا: فسْخٌ، فلا بُدَّ من الرفع؛ لإثبات الإعسار» هٰذَا لا يَخْتَصُّ بقولنا: «إنه فَسْخٌ، بل الرفع وإثبات الإعسار لا بُدَّ منه، سواءٌ جعَلْنا هذه الفُرْقة فسخاً أو طلاقاً، لكن لَمَّا ذكر مِنْ بَعْدُ أن لها أنْ تَفْسِخَ بعْد ما ثَبَت الإعْسَار، أشار إلى أن الرَّفْع على هٰذَا القَوْل؛ لإثبات الإعْسَار والطَّلاَقِ [أما الفَسْخ بعد ذلك، فهو بيدها، وأمَّا على قول الطلاق، فيرفع الأمر لإثبات الإعْسَار]؛ فإنها لا تُمَكَّنُ من التطليق.

وقوله: «ثم لَهَا الفَسْخُ، إِذَا أَقَامَتِ الْبَيِّنَة أو أقرَّ الزوج» يشبه أن يكون جواباً على الوجْه الذي قِيل: إنها تستقلُّ بالفَسْخ بعد ثبوت الإعْسَار، وبه يُشْعِر إيراد «البسيط» و«الوسيط»، والأشهر أن القاضِيَ يَفْسَخ أو يأذن لها في الفسخ على ما بَيَّنَّاه، والله أعلم بالصواب.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الطَّرَفُ الثَّالِثُ فِي وَقْتِ الفَسْخِ وَلَهَا المُطَالَبَةُ صَبِيحَةَ كُلِّ يَوْمٍ بِالنَّفَقَةِ، وَلَكِنَّ المُعْسِرَ هَلْ يُمْهَلُ ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ لِيَتحقَّقِ عَجْزُهُ؟ فِيهِ قَوْلاَنِ أَحَدُهُمَا: لاَ يُمْهَلُ وَلَكِنْ لاَ يُفسَخُ فِي أَوَّلِ النَّهَارِ بَلْ آخِرِ النَّهَارِ، أَوْ بَعْدَ انْقِضَاءِ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ لِيَسْتَقِرَّ الحَقُّ، نَعَمْ لَوْ كَانَ يَعْتَادُ الإِتْيَانَ بِالطَّعَامِ لَيْلاً فَلَهَا الفَسْخُ، وَلَوْ قَالَ صَبِيحَةَ النَّهَارِ: أَنَا اليَوْمَ عَاجِزٌ فَيُحْتَمَلُ أَنْ يُقَالَ: لاَ يُفسَخُ فِي الحَالِ إِلَى انْقِضَاءِ اليَوْمِ وَالقَوْلُ الثَّانِي: أَنَّهُ يُمْهَلُ ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ، وَهُوَ الأَحْسَنُ، وَلَهَا الفَسْخُ صَبِيحَةَ الرَّابِعِ إِنْ لَمْ يُسَلِّمِ النَّفَقَةَ، فَإِنْ سَلَّمَ لِلرَّابِعِ لَمْ يَكُنْ لَهَا الفَسْخُ لِلمَاضِي، وَإِنْ سَلَّمَ لِلثَّالِثِ صَبِيحَةَ الثَّالِثِ وَعَادَ إِلَىٰ العَجْزِ فِي الرَّابِعِ يَسْتَأْنِفُ المُدَّةَ عَلَى وَجْهٍ، وَيَبْنِى عَلَى المُدَّةِ السَّابِقَةِ عَلَى وَجْهٍ فَيَصِيرُ يَوْماً آخَرَ، وَإِنْ رَضِيَتْ بَعْدَ انْقِضَاءِ المُدَّةِ فَلَهَا الفَسْخُ بَعْدَ ذَلِكَ كَزَوْجَةِ المُولي لاَ كَزَوْجَةِ العِنِّينِ، وَقَوْلُهَا: «رَضِيتُ بِإِعْسَارِهِ أَبَداً» وَعْدٌ لاَ يَجِبُ الوَفَاءُ بِهِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قد تَقدَّم أن النفقة تَجِبُ صبيحةِ كلِّ يوم، وإنَّما تُسلَّمُ كلَّما طلع الفَجْر، فإذا عَجَز عن تسليمها، فينجز الفسخ أو تُمْهَل ثلاثة أيام فيه قولان:

أحَدُهما: أنها لا تُمْهل؛ لأن السبب الإعسار، وقد حَصَل، ولأنه فَسخ؛ لتعذر الوصول إلى الغَرَض، فأشبه فسخ البيع بإفلاس المشتري بالثَّمَن، ويُنْسب هذا إلى القَدِيم.

وأصحُّهما: أنه تُمْهَل ثلاثة أيام؛ ليتحقق عجزه، فإنَّ الإنسان قد يَتعسر عليه وجْه الإنفاق؛ لعوارض ثم نزول، وهذه مدَّةٌ قريبةٌ لا يَصْعُب تزجيتها باستقراض وغيره، وقيد بعْضُهم التصوير بما إذا استَمْهَلَ الزوجُ، والظاهر أنه لا حاجَةَ إليه، والقولان كالقولين في أن المُولِيَ والمرتَدَّ يُمْهَلاَن هذه المدة، وفي المسألة طريقةٌ قاطعةٌ بالإمْهَال، وادعى

القاضي ابن كَجٍّ: أن جمهور الأصحاب عليها، والمشهور طريقةُ القولَيْنِ.

التفريعُ: إنْ قلنا: لا يمهل ثلاثاً، فمتى يفسخ؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنَّ لها المبادرةَ إِلَىٰ الفَسْخ من أوَّل النهار بعَجْزه عن توفية الواجب وقْت وجوبه وأقر بهما، وهو المذكور في الكتاب: المنع؛ ليرتفع النهار، ويتردَّد ويكْتَسِب وكثير من الناس يَكْتَسِبون نفقة اليوم في اليوم، والتسليمُ في أوَّل النهار إنما يجب على الوَاجِد، وعلى هذا فقد ذكرت احتمالات: أحدهما أنها تؤَخِّر الفَسْخ إلى شَطْر النهار؛ فإنه لا يؤخر الأكل عنه غالباً.

والثاني: إلى آخره، وهو وقت إفطار الصائمين.

والثالث: إلى انْقِضَاءِ اليوم والليلة بغده؛ لأن النفقة لها وبِمُضِيِّهما يستقر العجز عن الحَقِّ يتحقَّق بعد استقراره، وفي هذا التوجيه توقُّفٌ؛ لأن الاستقرار غير موقوف على مُضِيِّهِمَا؛ ألا تَرَىٰ أنه لو سَلَّم النفقة، فماتَتْ في أثناء النهار، لا يسترد ورأىٰ صاحبِ الكتاب مع ذلك الاحتمال الثالث أوجه، وذكر في «الوسيط» أن حاصِلَهُ الإمهالُ يَوْماً وليلةً واعْلَم أنه قد نَقَلَ عن «الإملاء» أنه يمهل المعسر بالنفقة يَوماً، وجعله أبو الفرج السرخسيُّ قولاً ثالثاً، والأكثرون امتنعوا منْه، وقالوا: المراد منه أنه لو أمْهَلَه يوماً، جَازَ؛ لأنه لا يزيد عليه.

ثم هذا إذا لم يتَّخِذْه عادةً، فأما إذا كان يعتاد الإتْيانَ بالطعام لَيْلاً، لم يحتمل وكان لها الفسخ؛ لأن فيه تكليفَ صِيَامِ الدَّهْر، وهو شاق، وليس ما يُحْتَمَل نادراً يُحْتَمَلُ، إذا تكرَّر ويَقْرُب منْ هذه الصورةِ ما ذكر في «العُدَّة» أنه لو لم يجد النفقة في أول النهار، وكان يجِدُها في آخِرِ النَّهَار، فلها حق الفسْخ في أصحِّ الوجهين، أو هي؟ وإذا قلْنا: لا فَسخ في أول النهار، فلو قال صبيحة اليوم: أنا عاجزٌ لاَ أتوقَّع شيئاً، فقد ذُكِرَ فيه احتمالان:

أحدهما: أن لها الفَسْخَ في الحال؛ لتصريحه بالعَجْز وعدم التوقُّع.

وأقربهما: التأخير فقد يرزق الإنسان من حَيْثُ لا يحتسب، وأما إذا فرَّعنا على الأصحِّ، وقلنا: إنه يُمْهل ثلاثَةَ أيَّامٍ، ففيه مسائل:

إحْدَاها: إذا مَضَتِ الأيام الثلاثة، فلها الفَسْخ صبيحة اليوم الرابع، إن لم يُسلِّم النفقة[1]، وإن سلَّمها، لم يجُزِ الفسخ لما مضى وليس لها أن تَقُول: آخذ هذا عن نفقة

---

(١) **أحدهما**: تقييده الوجوب بصبيحة اليوم الرابع يشعر بأن حق الفسخ على هذا القول إنما يثبت عند كمال الأيام والليالي.
الثاني: ظاهره تمكنها من الفسخ بطلوع فجر الرابع بلا مهلة وبه صرح الغزالي والإمام.

بعْض الأيَّام الثلاثة، وأفْسَخُ بعَجْزه اليوم؛ لأن الاعتبار في الأداء بقَصْد المؤدِّي، فلو توافقا على جعْلها عما مَضَىٰ، فيمكن أن يقال: لها الفَسْخُ، ويمكن أن تُجْعَل القدرة عليها مُبْطِلةً للمُهْلَة، ولو مَضَىٰ يومان بلا نفقة، ووجد نفقة اليوم الثالث، وسلَّمها، وعجز في اليوم الرابع، فيستأنف المُدَّةَ أو يَبْنِي؟ فيه وجهان:

أحدهما: يَسْتَأْنِف؛ لأن العجْز الأوَّل قد زال، وأظهرهما البناء؛ لأنها تَتضرَّر بطول المدة للاستئناف، فعلَىٰ هذا تصبر يوماً آخر، لِيَنْضَمَّ إلى اليومَيْن، وتَفْسَخ في اليوم الذي يَلِيه ولو لم يَجِدْ نَفَقَة يَوْم، ثم وَجَد في اليوم الثاني، ولم يجد في الثالث، ووجد في الرابع فينفق أيام العجز فإذا تمت مدَّة المهلة، كان لها الفسخ، ولو قضت ثلاثة أيَّام على العَجْز، ووجد نفقة اليوم الرابع، وعجز في الخامس، فالأظهر، وبه قال الداركيُّ: أنَّ لها الفسْخَ، ويكتفي بالإمهال السابق، وذكر القاضي الرويانيُّ وجهاً أنه يُمْهَل مرة أُخْرَىٰ.

قال: وهذا إذا لم يتكرَّر، فإن تكرَّر، لم يُمْهل إمْهالاً بَعْد إمهال.

الثانية: يجوز لها في مدَّةَ الإمْهال أن تَخْرج لتُحَصِّل النفقة بالكسب والتجارة، أو بالسُّؤال، وليس له مَنْعُها، وإن قدَرَتْ على الإنفاق مِنْ مالها أو كانت تكتسب بما لا يُحْوجها إلى الخروج؛ كالغزل والخياطة، ففي هذه الحالة وجْه: أن له المنع، وذُكِرَ وجْهٌ مطلَقٌ أنه يُدَامُ حقُّ الحبس في المدة، والظاهر المنصوصُ[1] الأوَّل، فإن التمكين والطاعة عَلَيْهَا في مقابلة النفقة، فإذا لم يوف ما عليه، لم يستحق الحَجْر.

قال القاضي الرويانيُّ في «البحر»: عليها أن ترجع باللَّيْل إلى منزل الزوْج؛ لأنه وقْت الدعة، ولو أراد الاستمتاع بها، لَمْ يُمْنع، وقضيَّةُ التوجيه المذكور أن لها المَنْع، وكذلك ذكره صاحب «التهذيب» ولا كلام أنها إذا منعت نفسها منه لم تستحق النفقة لمدة الامتناع ولم يصر ذلك ديناً عليه.

الثالثة: إذا قلنا بالإمهال، فمضت المدة فرضيت المرأة بإعساره، والمقام معه، أو لم نقل بالإمْهال، فرضِيَتْ ثم بَدَا لها أن تفسخ، فتُمَكَّن منه، لأن النفقة يَوْماً فيوماً تجب والضرر يَتَجدَّد وقد تقدر له يساراً وسَعَةً، فالمال غادٍ ورائحٌ، ولا أثر لقَوْلها: رضيت بإعساره أبداً فإنه وَعْدٌ لا يلزم الوفاء به، وليس كما إذا أبرأته عن نفقة سَنَةٍ مثلاً، حيث يصح على رأي؛ لأن فيه تصريحاً بالإسْقَاط، وهذا وعْدٌ بِتَرْك الفَسْخ، ولو نكحَتْه عالمةً بإعْسَاره ثم طلَبَتِ الفسخ، مكنت منه، أيضاً وإذا عادت إلى طَلَبِ الفَسْخ بعْد الرضا،

---

(١) وهذا الوجه المفصل جزم به البغوي وهو قضية كلام الرافعي في المحرر وأفهم إطلاقه على الصحيح أنه لا فرق بين أن تكون معسرة أو موسرة. كما في الصداق.

فيتجدد الإمْهَال على قولنا: إنه يُمْهَل ولا يعتد بما[١] مضى، وفيه احتمال للإمام والقاضي الرويانيّ، والظاهر الأول، بخلاف امرأة المُولِي، إذا رَضِيَتْ، ثم عادَتْ إلى المطالبة لا تستأنف مدة الإيلاء، وفرق بأن المدة هناك منصوصٌ عليها غير موقوفةٍ على طلَبِها، وها هنا مدَّةُ الإمهال يَقَع بعد طلبها، وإذا تَعلَّقت بطلبها، سَقَطَ أثرها برضاها، وإذا اختارَتِ المُقَام معه، لم يَلْزَمْها التمكين من الاستمتاع، وكان لها الخروج من المنزل، ذكره صاحب «التهذيب» وغيره، وإذا لم تمنع نفسها [منه]، ثبت في ذمته ما يجب على المُعْسِر من الطعام والإدام وغيرهما، وخروجها بالنهار للاكتساب لا يوجب نقصاناً، فيما يثبت دَيْناً في ذمته، بخلاف ما إذا سَلَّمت الأمة ليلاً، ومَنَعَتْ نهاراً؛ لأنَّ المُحْوجِ إلى الخروج المُنْقِص للاستمتاع ها هنا إعساره حُكِيَ هذا عن «الحاوي» وهذا في النفقة، أما إذا أعْسَرَ بالصَّداق، وتَرافَعَا إلى الحاكم، فَمَكَّنَها من الفسخ، فرضيت بإعساره، ثم بدا لها أن تفسخ، لم تُمَكَّن؛ لأنَّ الضَّرَر فيه لا يَتجدَّد، والحاصِلُ مَرْضِيٌّ به، هذا ما أطلقه الجمهور.

وعن أقْضَى القضاة: المَاوَرْدِيِّ: أن ذلك فيما إذا كانت المحاكمتان مَعاً قبل الدُّخُول أو بَعْدَه، فأما إذا كانتِ المحاكَمَةُ الأُولَىٰ قبل الدخول، والأخرى بَعْدَه، فوجهان:

وجْهُ تجويز الفَسْخ أن بالدخول يستقر ما لم يكن مستقراً قبله، فالإعسار به يجوز أن يُجَدِّد خياراً، ولو نكَحته وهي تَعْلَم إعساره بالصداق، فهل لها الفسخ؟ فيه وجْهان نقلهما القاضي الرويانيُّ[٢].

أشهرهما: المنع كما لو رضيت به في النِّكاح، ثم بدا لها بخِلاَف النفقة، وليس لها الامتناع بعد الدخول إذا مكَّنَّاها من الفسخ، واختارت المُقَام معه، ولا بد في الإعسار بالصَّدَاق مِنَ المرافَعَة إلى القَاضِي كما في النفقةِ، والخيار فيه بعْد المرافعة على الفور، فلو أخَّرت الفَسْخ، سقَط، ولو علمت إعساره، وأمسكت عن المرافعة والمحاكمة، نُظِرَ؛ إن كان ذلك بَعْد ما طالَبَتْهُ بالصَّداق، كان الإمساك عن المحاكمة والمرافعة رضاً بالإعسار، وسَقَطَ خيارها، وإن كان قبل المطالبة، لم يَسْقُط، وقد تُؤَخِّر المطالبة على توقُّع اليسار، ذكر ذلك القاضي الرُّويانيُّ.

---

(١) قضيته أنه لا بد من الإمهال أيضاً فيما إذا كانت عالمة بإعساره وهو ظاهر ولكن صرح ابن عصرون في فوائد المهذب بخلافه.

(٢) جعل المتولي موضع الخلاف ما إذا لم يشترط في الصداق أجلاً، وقضيته أنه لو كان مؤجلاً ثم حل وأعسر به قبل الدخول أنها تختار بلا خلاف.

وقوله في الكتاب: «فيه قولان» يجوز إعلامه بالواو؛ للطريقة القاطعة، وكذا قوله: «لا يُفْسَخ في أول النهار».

وقوله: «بل آخِر النهارِ، أو بَعْدَ انقضاءِ يَوْم ولَيْلَةٍ» لا يخفى أنه ليس على التخيير، بل هو إشارةٌ إلى احتمالَيْن من الاحتمالات المَذْكُورة، وقوله: «فيحتمل أن يقال لا يفسخ في الحال إلى انقضاء اليوم» فيه تنبيه على الاحتمال الآخر، وإن لم يُصرِّح به، وقوله: «وإن رضيت بعْد انقضاء المدة، فلها الفسخ» يجوز أن يعلم بالواو؛ لما حكيناه عن الماوَرْدِيِّ.

وقوله: «كزوجة المُولِي لا كزوجة الْعِنِّين» قد ذَكَرَ حُكْمَ العُنَّةِ في بابها، مع ذِكْر مخالفة الإيلاء لها، وذكَرَهُما مع حكم الرِّضَى بالإعْسَار في الإيلاء مرَّةً أُخْرَىٰ، وأعاد الصور الثلاث ها هنا مرَّةً ثالثةً، فكان من شرط الإيجاز أن يذكر كل صورة في بابها، أو يقتصر على إيرادها مجموعةً مرةً واحدةً.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الطَّرَفُ الرَّابِعُ فِيمَنْ لَهُ حَقُّ الفَسْخِ وَذَلِكَ لِلزَّوْجَةِ خَاصَّةً، وَلَيْسَ لِوَلِيِّ المَجْنُونَةِ وَالصَّغِيرَةِ طَلَبُ الفَسْخِ بَلِ الفَسْخُ كَالطَّلاَقِ لاَ يَقْبَلُ النِّيَابَةَ، وَفِي سَيِّدِ الأَمَةِ الصَّغِيرَةِ وَالمَجْنُونَةِ المُزَوَّجَةِ وَجْهَانِ، وَإِنْ كَانَتِ الأَمَةُ بَالِغَةً فَحَقُّ الفَسْخِ لَهَا، وَلَيْسَ لِلسَّيِّدِ الفَسْخُ عَلَى الأَصَحِّ لَكِنْ لاَ نَفَقَةَ عَلَيْهِ فَإِمَّا أَنْ تَصْبِرَ الأَمَةُ عَلَى الجُوعِ أَوْ تَفْسَخَ، وَالنَّفَقَةُ تَدْخُلُ فِي مِلْكِ السَّيِّدِ وَلَكِنْ لَهَا حَقُّ الوَثِيقَةِ حَتَّى لاَ يَجُوزَ لِلسَّيِّدِ أَخْذُهَا إِلاَّ بِبَدَلٍ، وَلاَ يَصِحُّ بَيْعُهَا قَبْلَ الإِبْدَالِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا ثبت حقُّ الفسخ بإعسار [الزوج] بالنفقة، تخيَّرت الزوجة بين أن تَفْسَخ وبين أن تَصْبِر على الإعسار، ولا اعتراض للوَلِيِّ عليها، وليس له الفَسْخ نيابةً عنها، كما لا ينوب في الطلاق، وذلك، لأن الأمر فيهما يتعلَّق بالطبع والشهوة، فلا يفوَّض إلى غير صاحب الحَقِّ، وهذه مقدِّمة تتدرَّج منها إلى مسألَتَيْنِ:

إحداهما: وَلِيُّ الصغيرة والمجنونة ليس لهما الفسْخُ بإعسار الزوج بالنفقة، وإن كانت المصلحة [تقتضيه، كما لا يُطلِّق على الصغير والمجنون، وإن كانت المصلحة][1] فيه، وينفق على الصغيرة والمجنونة مِنْ مالهما، فإن لم يكن لَهُما مالٌ، فنفقتهما على مَنْ عليه نفقتها، لو كانَتَا خَلِيَّتَيْن، وتصير نفقة الزوجة دَيْناً عليه يُطَالَبُ به إن أيسر، وكذلك لا يفسخ الوليُّ بالإعسار بالمهر، إن جعلْناه مثبتاً للخيار، وأشار في «التتمة» إلى أنه لا مصْلَحة لهما فيه؛ لأنه إن فسَخَ قبل للدخول، يسقط نصْفُ المهر، وإن فَسَخ

(١) سقط من: أ.

بعده، فالمهر في ذمته، كما كان، وبطل رفق النفقة.

الثانية: إذا أعسر زوْج الأمة بالنفقة، ثَبَتَ لها حقُّ الفسخ، كما أنها تَفْسَخ بِجَبِّ الزوج وَعُنَّتِهِ، وهذا؛ لأنها صاحبةُ حقٍّ في تناول النفقة، فإن أرادَتِ الفَسخ، لم يكُن للسيِّد منْعُها، فإن ضمن النفقة، فهو كالأجنبي[1] يضمنها، وللإمام احتمالُ أن للسَّيد منْعَها؛ لأن المِلْك في النفقة له، وإن رَضِيَتْ، فهل للسيد الفَسْخ؟ فيه وجهان:

أحدهما: نَعَمْ؛ لأن المِلْك في النفقة له، وضرر فواتها يعود إليه.

والثاني: لا؛ لأنها تستحق النفقة، فَهِيَ في الأصل لها، ثم يتلَقَّاها السيد؛ لأنها لا تَملِك، فيكون الفسخ إليها، كما أنه إذا أوصى للعَبْد أو وهب منه يكون القَبُول إليه، وإن كان يَحْصُل المِلْك للسيد، وعلى هذا لا يجب على السيد نفقتُها، بل يقول لها: اَفسَخِي أو اَصْبِرِي على الجوع، وهذه طريق يلجئها السيد بها إلى الفَسْخ، فإذا فسَخَتْ أنفق عليها، واستمتع بها أو زَوَّجها من غَيْره، وكَفَىٰ نفسه مؤنتها، ويجري الوجهان في أن السيِّد، هل يفسخ إذا كانتِ الأمةُ صغيرةً أو مجنونة؟ وقد يرتبان على الوجهَيْن فيما إذا كانت مستقلَّةً، ويقال: هذه الصورةُ أوْلَىٰ بجواز الفَسْخ؛ لأن النفقة تلزمه، ولا يمكن الجاؤها إلَىٰ الفسخ، فإنه لا اعتبار بقَوْلِها، ومع هذا الترتيبِ، فالأظْهَرُ عنْد أكثرِهِمْ: أنه لا فَسْخَ له، وبه أجاب ابن الحدَّاد، ولم يورد صاحب «التهذيب» وجماعةٌ غَيْرُه، وأما إذا أعسر زوجها بالمَهرِ، وأثبتنا به الخيار، فيكون الفَسْخ للسيد؛ لأنه محض حقه، لا تعلُّق للأمة به، ولا ضرر عليها في فواته، ولأنه في مقابلة البُضْع، فكان المِلْك فيه للسيد وشبه، ذلك بما إذا بَاعَ عبْداً، وأفلس المشتري بالثمن، يكون حقُّ الفسخ للبائع لا للعبد، وأشار صاحب «التتمة» إلى وجْهٍ آخَر: أن السيد لا يَفْسَخ بالإعسار بالمَهْر، ولا وجه له، ثم ها هنا مسألة نشأَتْ من توجيه الخلافِ، في أن السيد هل يَفْسَخ؟ وهي النظر في حال النفقة، قال الإمام، وحكاه صاحب الكتاب: هي متعلَّق حقِّ السيدِ والأمةِ جميعاً، أما السيد؛ فلأنها تدْخُل في ملكه؛ لأن الأمة لا تَمْلِك، لكنَّها بحُكْم النكاح مأذونةٌ في الأخذ والقَبُول، وبحكم العرف في تَنَاوُل المأْخُوذ، وأمَّا الأَمَةُ، فلها أن تُطَالِب الزَّوْج، كما كانَتْ تُطَالِب السيِّدَ، وإذا أَخَذَتْ، فلها أن تتعلَّق بالمأخوذ، ولا تسلمه إلى السيد، حتى تأخذ بَدَلَه وله الإبدال بحق الملك، والحاصل أن له حقَّ الملك، ولها حقُّ التوثُّق، كما أن نفقة زوجة العبد تتعلَّق باكتسابِهِ، والملكُ فيها للسيد ويُبْنَى على هذا أنَّه لا يجوز للسَّيِّد الإبراء عن نفقتها ولا بيع المأخوذ قبل تسليم البَدَل

---

[1] ما ذكره في الضمان عجيب إذ كيف يضمن رب الدين دينه، فإن ضمان نفقة اليوم بعد طلوع فجره صححه من الأجنبي بشرطه، وما مضى واستقر دين السيد وما لا يستقر ضمانه باطل من كل أحد على المذهب.

إليها وفي «التتمة»: ما يخالف بَعْض هذه الجملة، فإنه قال: حَقُّ الاستيفاء للسيِّد حتى لو صَرَفَ الزوْجُ النفقة إليها، بدون إذن السيد، لم يبرأ عن العهدة، ولهذا لو استوفَىٰ النفقة، وأنفق عليها من ماله جاز، والأشبه الأوَّل، وذَكَرَ في «التهذيب»: أنها لو أبرأت الزوج عن نفقةِ اليَوْم، جاز، وما صار من النفقة دَيْناً في الذمة، ليس لها الإبراء عنه كما في الصداق وقد تنازع قياس الملك في الإبراء عن نفقة اليوم إلا أنَّ نفقة اليَوْم للحاجَةِ الناجزة وكأنا لا نثبت المِلْكَ للسيد إلا بَعْد الأخْذِ، وقبله تمحض الحقّ لها، ولذلك نقول: ليس له الفسْخُ على الأظهر، ولو اختلفتِ الأمة وزوجُها في تسليم نفقة اليوم أو نفقة أيام مستقبلة، فالقول قَوْلُها مع يمينها، ولا أثر لتصديق السيد الزوج ولو اختلفا في النفقة الماضية فقد حكَىٰ القاضي الرويانيُّ فيه وجهَيْن:

أحدهما: أن السَّيِّدَ يكون شاهداً له، ولا يثبت المُدَّعَىٰ بتصديقه.

وأصحهما: أنه يثبت للمُدَّعَىٰ بتصديقه، والخصومة في النفقة الماضية للسيِّد لا لها كالصداق، وحقُّها فيما يتعلَّق بالمستقبل، وهذا ما أوردها في التتمة[1]، وشبه بما إذا أقر السيِّدُ على عبده بأنَّه جَنَى خَطَأً، وأنكر العبْدُ، لا يُلْتَفَتُ إلى إنكاره، قال: ولو أقرَّت الأمة بالقَبْض، وأنكر السيد، فالمنصوص في كتاب «عِشْرة النساء» وذكره المزنيُّ - رحمه الله - في «الجامع الكبير»: أن القول قولُها؛ لأن القبض إليها، إما بحُكْم النكاح، أو بتصريحه بالإذْن، وفيه صُوَرُ المسألة، وحكى أبو يعقوب الأبيوردي عن بعضهم أن القَوْلَ قَوْلُ السيِّدِ؛ لأن المِلْكَ له.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّ الإِعْسَارُ لاَ يُوجِبُ الفَسْخَ أَصْلاً فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يُبْطِلُ حَقَّ الحَبْسِ فِي المَنْزِلِ، وَلَهَا مَنْعُهُ مِنَ الوَطْءِ إِنْ لَمْ تَكُنْ قَدْ أَبْطَلَتْ حَقَّهَا بِالتَّمكِينِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: جميع ما ذكَرْنا مفرَّعٌ على أن الإعْسار بالنفقة يُثْبِتُ حقَّ الفسخ، أما إذا قلْنا: إنه لا يُثْبِتُه، فلها الخروج من المسكن؛ لطَلَب النفقة، إن كانَتْ تحتاج إلى الخروج لتحصيلها، وإن أمكن أن تُنْفِقَ من مالها، أو أن تكتسب بغَزْلٍ ونحوه في المسكن، فوجهان:

أحدهما: أنها لا تخرج إلا بإذنه، لأنها قادرةٌ على توفية حقِّه وإن كان هو عاجزاً عن توفية حقِّها.

---

(١) ما رجحه جعله ابن الصباغ احتمالاً له فقال بعد أن حكى الأول عن الأصحاب: ولهذا قال في البيان لو صدقه السيد أنه قد سلمها نفقة مدة ماضية. قال أكثر أصحابنا: لا يقبل إقرار السيد عليها، وإنما يكون شاهداً للزوج لأنه مقر في حقها فلم يقبل كما لو أقر عليها بما يوجب القود. وقال ابن الصباغ: يقبل لأن النفقة للمدة الماضية حق له للأمة. انتهى والصواب ما قاله ابن الصباغ.

وأظهرهما: أن لها الخُرُوجَ، وليس له الحَبْس، إلا إذا كَفَىٰ مؤنتها وقوله في الكتاب: «ولها منعه من الوطء إن لم تكن قد أبطلت حقها بالتمكين» هذا اللفظ إنما يَحْسُن موقعه حيْث نقول: إن لها الامتناع لتقبض الصداق، فإذا مكنت مرةً، بطل حقُّها من الامتناع، وأراد أنَّ لها المَنْعَ، إن لم تكن قد مكَّنَتْ مِنْ قبل، وهذا لفظُه في «الوَسِيط»، وأطلق مُطْلِقُون في جواز الامتناع لَهَا، ولم يشترطوا هذا الشَّرْط، ويجيء فيه ما حَكَيْنَاه عن القاضي الرُّويانيِّ في مدَّة الإمهال على القول الأصحِّ، والله أعلم.

فُرُوعٌ [من باب الإعسار وغيره][١]:

إذا عجز عن نفقة أمِّ الوَلَدِ، فعن الشيخ أبي زَيْدٍ: أنه يُجْبَرُ على عتقها أو تزويجها، إنْ وُجِدَ راغبٌ فيها، وقال غيره: لا يُجْبَرُ عليه، كما لا يرفع ملك اليمين بالعَجْز عن الاستمتاع، ولكن يخليها لتكتسب، وتنفق على نَفْسِها[٢].

وقد سبق أن نفقة زوْجة العَبْد من أين تكون، وإذا لم يَكُنِ العَبْد مأذوناً له في التجارة، ولا كسوباً، فقد حكينا قولاً قديماً أنه يكون المَهْرُ على السيد، ويكون بالإِذْن في النكاح ضامناً.

قال الشيخ الخضري وغيره: وذلك القول يجيء في النفقة بطريق الأَوْلَىٰ، إذِ الحاجَةُ إليها أَمَسُّ من الحاجة إلى المَهْر، فلو كان العَبْد ينفق من كَسْبه، فعجز لزمانة وغيرها فعلى القديم: لزوجته مطالبةُ السيِّد، وعلى الأظهر: إما أن تفسخ أو تصبر، وتصير نفقتها دَيْناً في ذمته.

وليس للزوج أن يَدْفَعَ ثَمَنَ الكُسْوة إلى الزوجة بل يجب تسليم الثياب، وعليه مؤنة الخياطة.

وإذا مَضَتْ مدَّةٌ، لم يُنْفِقْ فيها على زوجته، واختلفا فقَالَتِ المرأة: كُنْتَ مُوسراً في تلك المدة، وقال الزوج: كُنْتُ مُعْسِراً، فإن عرف له مالٌ، فالقول قَوْلُها؛ لأن الأَصْل بقاؤه، وإلا، فالقول قوله؛ لأن الأَصْل عدمه.

وضمان النفقة قد ذكرناه في باب الضمان.

---

(١) سقط من: ز.

(٢) قال النووي: هذا الثاني أصح، فإن تعذرت نفقتها بالكسب فهي في بيت المال.

السَّبَبُ الثَّانِي لِلنَّفَقَةِ القَرَابَةُ، وَفِيهِ ثَلاَثَةُ أَبْوَابٍ

البَابُ الأَوَّلُ فِي أَصْلِ النَّفَقَةِ

وَتَجِبُ بِقَرَابَةِ البَعْضِيَّةِ دُونَ المَحْرَمِيَّةِ، وَإِنَّمَا تَجِبُ عَلَى المُوسِرِ، وَهُوَ الَّذِي فَضَلَ مِنْ قُوتِ يَوْمِهِ شَيْءٌ، وَيُبَاعُ عَبْدُهُ وَعَقَارُهُ (ح) فِيهِ، وَهَلْ يَلْزَمُهُ الكَسْبُ لِأَجْلِ نَفَقَةِ القَرِيبِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنَّمَا تَجِبُ لِلَّذِي لاَ شَيْءَ لَهُ، وَإِنْ كَانَ قَادِراً عَلَى الكَسْبِ اسْتَحَقَّ عَلَى قَوْلٍ، وَلَمْ يَسْتَحِقَّ عَلَى قَوْلٍ، وَيَسْتَحِقُّ الأَبُ وَالأُصُولُ دُونَ الفُرُوعِ عَلَى قَوْلٍ، أَمَّا الطِّفْلُ الكَسُوبُ فَيَسْتَحِقُّ لاَ مَحَالَةَ إِذَا لَمْ يَكْتَسِبْ، فَإِنْ شَرَطَ العَجْزَ عَنِ الكَسْبِ فَهَلْ تُشْتَرَطُ الزَّمَانَةُ حَتَّى لاَ يَقْدِرَ عَلَى كَسْبٍ لاَ يَلِيقُ بِهِ أَيْضاً؟ فِيهِ خِلاَفٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قد سَبَقَ أنَّ أحد أَسْبَابِ وجوب النفقةِ والقِيَام بالمُؤنِ القرابةُ، واحتج له بقوله تعالى: **﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق ـ ٦]** أوجب أجرة إرْضَاعِ الولد كفاية لمؤنته، ولقصَّة هند، حيث قال: «[خذي ما يكفيك] وولدك بالمعروف»[(١)] والكلام فيه بوبه صاحب الكتاب على ثلاثة أبواب:

أحدها: في مناط هذه النفقة، وشرائط وجوبها وكيفيَّتها.

والثاني: في ترتيب الأَقَارب المُنفِقِينَ وَالمُنْفَقِ عليهم.

والثالث: في حَضَانَةِ الصَّغِيرِ.

أما الأول: ففي الفصل مسائل:

إحداها: أنها تجب بقرابة البعضية فتجب للولد على الوالد وبالعكس، أما للولد على الوالد فلقصَّة هند، وأما بالعكس، فبالقياس عليه يجامع البعضية وبل أَوْلىٰ لأن حرمة الوالد أعْظَم، والولد بالتعهُّد والخدمة أحق وأليق، ويروى أن النَّبيَّ ﷺ، قال: «إِنَّ أَطْيَبَ مَا أَكَلَ الرَّجُلُ مِنْ كَسْبِهِ وَوَلَدُهُ مِنْ كَسْبِهِ فَكُلُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ»[(٢)]، وكما تجب نفقة

---

(١) تقدم.

(٢) رواه أحمد [٦ ـ ٣١ ـ ٤١ ـ ٤٢ ـ ١٢٦ ـ ١٢٧ ـ ١٧٣ ـ ١٨٢ ـ ١٩٣ ـ ٢٠١ ـ ٢٠٢ ـ ٢٠٣ ـ ٢١٠] وأصحاب السنن أبو داود [٣٥٢٩] الترمذي [١٣٥٨] النسائي [٧/ ٢٤٠ ـ ٢٤١] وابن حبان [١٠٩١ موارد] والحاكم [٢/ ٤٥ ـ ٤٦ ـ ٢٨٤] من حديث عائشة، واللفظ لابن ماجة سوى قوله: فكلوا من أموالهم، وفي رواية أبي داود وغيره: أطيب ما أكلتم من كسبكم، وإن أولادكم من كسبكم، وفي رواية له وللحاكم: ولد الرجل من كسبه، فكلوا من أموالهم، وفي رواية للحاكم مثل سياق المصنف، إلا قوله: فكلوا من أموالهم، وصححه أبو حاتم وأبو زرعة فيما نقله ابن أبي حاتم في العلل، وأعله ابن القطان بأنه عن عمارة عن عمته، وتارة عن أمه، =

الولد على الوالد تجب نفقته على الوالدة في الجملة؛ لشمول معنى البعضية ورد الشهادة، والعتْق بالمِلْك، وعنْد مالك: لا نفقة على الأمِّ بحال، وأَغْرَبَ القاضي ابن كج، فنَقَلَ أن أبا الحُسَيْن حَكَىٰ وجْهاً مثله، وكما تجب نفقة الأولاد، تجب نفقة الأحفاد، وعند مالك: لا نفقة على الجَدِّ بحال، وكما تجب نفقة الوالدين على الولد تجب عليه نفقة الأجداد والجدات خلافاً لمالك أيضاً، ولم يوجب نفقة الأم على الولد أيضاً، ويستوي في أصل الاستحقاق الذكَرُ والأنْثَىٰ والوارثُ وغيْرُ الوارث، والقَرِيب من الأحفاد والأجداد والبعيد، ولا يُشْتَرَط اتفاق الدِّين[1]، كما لا يُشْترط اتفاق ذلك في العتق بالملك، وفي كتاب القاضي ابن كج وجْه أنه لا يجب على المُسْلِم نفقة الكافر، ولا يُلْحَق بالأصول والفروع سائرُ الأقارِبِ؛ كالأخ والأخت والعم والخال والخالة وأولادهم، ويختص وجوب النفقة بقرابة البعضية، وعنْد أبي حنيفة: تجب نفقة كل ذي رَحِم محرم، لكنَّه شرط اتفاق الدين، فقال الأصحاب: ولو كانت هذه القرابة موجبةً للنفقَة، شرط اتفاق الدين، كما في قرابة البعضية، وعن أحمد اعتبار العصوبة، ويُرْوَىٰ عنه اعتبار الإرْثِ، حتى تجب على ابن العَمِّ نفقة ابنِ العمِّ، ولك أن تُعْلِم بعد الوقوف على هذه المذَاهِبِ قوله: «بقرابة البعضية» بالميم والألف والواو.

وقوله: «دون المَحْرَمِيَّةِ» بالحاء.

الثانية: لا تجب النفقةُ إلا على المُوسِر، وهو الذي يَفْضُل عن قوت يومه وليلته وقُوتِ عياله ما يصْرِفه إلى القريب[2]، فإن لم يفْضُل شيْءٌ، فلا شيْء عليه؛ لأنه ليس

= وكلتاهما لا يعرفان، وزعم الحاكم في موضع آخر من مستدركه بعد أن أخرجه من طريق حماد ابن أبي سليمان، عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة بلفظ: وأموالهم لكم إذا احتجتم إليها، إن الشيخين أخرجاه باللفظ الأول، ووهم في ذلك وهماً لا ينفك عنه، لأنه قد استدركه فيما قيل، وقال أبو داود في هذه الزيادة وهي: إذا احتجتم إليها، إنها منكرة، ونقل عن ابن المبارك عن سفيان قال: حدثني به حماد ووهم فيه، وفي الباب عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن أعرابياً أتى النبي ﷺ فقال: إن لي مالاً وولداً ووالدي يريد أن يجتاح مالي، قال: أنت ومالك لأبيك إن أولادكم من أطيب كسبكم، فكلوا من كسب أولادكم، أخرجه أحمد وأبو داود وابن خزيمة وابن الجارود.

(١) قال في القوت: يشبه أن يكون محل الوجوب في المعصوم أما المرتد والحربي فلا نفقة له بحال، وأفتى ابن الصلاح بأنه لا يلزم الولد نفقة أب قصر على الجادة. قال: ولم أجدها مسطورة، ولكنها ظاهرة الحجة فإنا نوجب نفقة القريب صيانة له من العطب، وهذا يستحق الإهلاك كما لا يبذل الماء إلى المرتد العطشان. انتهى.
ولا خفاء أن كلام الشيخ في الأحرار أما الأرقاء فلا نفقة عليهم ولا لهم أصل أو فرع.

(٢) قال في الخادم: اقتصاره على القوت ناقص كما قاله في المطلب فقد قال القاضي الحسين: لا يلزم نفقته أحد من الأقرباء حتى يفضل عن مؤنته عن طعامه ومسكنه وملبسه وما يقام عليه=

من أهل المواساة، وهذه النفقة مشروعة على وجه المواساة، وفي «التهذيب» وغيره وجْه أنَّه لا يُشْتَرَطَ يَسَارُ الوالد في نفقة الولد الصغير، لأنه من تتمة مؤنة الاستمتاع، كنفقة الزوجة، فعَلَىٰ هذا يستقرض علَيْه، ويؤمر بقضائه إذا أيسر، والأظهر الأولُ، ويباع في نفقة القريب ما يباع في الدّين من العقار وغيره؛ لأن النفقة حقٌّ مَاليٌّ لا بَدَلَ له، فأشْبَه، الدّين، وعند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: لا يباع العقار.

وكيف يباع العَقَار؟ حكى القاضي ابن كج فيه وجهَيْن:

أحدهما: أنه يباع كل يوم جزءٌ بقدر الحاجة.

والثاني: أن ذلك يشق، فيستقرض عليه إلى أن يجمع ما يسهل بيع العقار له.

وإن لم يكن له مال، ولكنه كان كسوباً يمكنه أن يَكْتَسِب ما يَفْضُل عنه، فهل يؤمر بالاكتساب لنفقة القريب؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، كما لا يُكلَّف الاكتسابَ لقضاء الدَّيْن.

وأصحُهما: وهو الذي أورده أكثرهم، نعم؛ لأنَّه يلزمه إحياء نَفْسِه بالكسب فكذلك، إحياء بعْضه، وليست النفقة كالدين، فإن قدرها يسير، والدين لا ينضبط قدْرُه، وذكر في «التتمة» الخلافَ في أنه هل يجب الاكتساب لنفقة الوالد مع القطع بوجوبه لنفقة الوَلَدِ، وفرَّق بأن نفقة الوالد سببُها المواساة، فلا [يكلف][1] أن يكتسب ليصير من أهل المواساة، وأما الولد فَسَبَبُ حصولها الاستمتاعُ فألحقت نفقته بالنفقة الواجبة للاستمتاع وهي نفقة الزوجة، وهذا ذهاب إلى أنه يَجِبُ الاكتِسَاب لنفقة الزوجة، وهو الظاهر، لكن في كلام الإمام وغيره: أن في وُجُوبِ الاكتساب لنفقتها وجهَيْنِ مرتَّبَيْن على وجُوب الاكتساب لنفقة القريب، وهي أوْلَىٰ بالمنع، لالتحاق نفقتها بالدُّيون، وليُعْلَم قوله في الكتاب: «وإنما تجب على الموسر» بالواو؛ للوجه المذكور في أن اليسار لا يُشْترط لنفقة الولد، ويجوز أن يُعْلَم قوله: «ويباع عبده وعقاره» مع الحاء بالواو؛ لأنه قد سبق في الدَّيْن ذكْرُ خلاف في بيع المَسْكَن والخادم، وذلك الخلاف عائد في النفقة.

الثالثة: مَنْ لَهُ مالٌ يكفيه لنفقته، لم تجب نفقته على القريب مجنوناً كان أو

= ويستعمله في وضوئه وأكله وشربه ما لا غناء لمثله عنه، فإن وقع له خلل في شيء من هذا كله فلا يكلف نفقة الابن ولا أب. انتهى.

قال في القوت: وفسروا العيال بالزوجة، والظاهر أن أم الولد، وخادم الزوجة في حكمها، وجرى عليه في الخادم.

(١) في ز: يجب.

عاقلاً، صغيراً أو كبيراً، زمِناً أو صحيحَ البَدَنِ، ومن يكتسبْ ويغنيه كسبه، فكذلك، ومَنْ لا مال له ولا كَسْبَ، يُنْظَرُ في حاله؛ إن كان به نقصان حُكْماً؛ بأن كان صغيراً أو مجنوناً أو خِلْقَةً؛ بأن كان زَمِناً، فيجب على القريب نفقته؛ لِعَجْزِه عن [كفاية][1] نفسه، وألْحَق صاحب «التهذيب» بالزَّمِن ما إذا عجز لمرض أو عمًى، فإذا بلغ الصغير [والمجنون] حَدّاً يمكن أن يَعْلَم حرفة أو يحمل على الاكتساب، فللوليّ أن يَحْمِلَه عليه، وينفق عليه من كسبه، لكن لو هَرَبَ عن الحرفة، وترك الاكتساب في بعض الأيام، فعلى الأب الإنفاقُ عليْه وبمثله أُجِيبَ إذا كانَ لا يليق بحاله الحِرْفَة، فإن لم يكن به نقصان لا في الحُكْم، ولا في الخِلْقة، لكنه لا يكتسب، فإن كان الفرع بهذه المثابة، ففي وجوب نفقته على الأَصْل طريقان:

أظهرهما: أن فيه قولَيْنِ:

أحدهما: وبه قال أحمد: أنها تجب، لأنه يقبح أن يكلِّف قريبه الكسب مع اتساع ماله.

والثاني: المنع؛ لأنه قادر على الاكتساب، مستغْنٍ عن أن يحمل غيره كلّه، وهذا أصحُّ عند الأصحاب، [قال في «العدة»][2]: لكن الفتْوَىٰ اليوم على الوجوب، والثاني: القطع بالقول الثاني، ولا فرق على القولين بين الابن والبنت.

وقال أبو حنيفة ومالك: لا تجب للابن، وتجب للبنت إلى أن تتزوَّج؛ لعَجْزها عن الاكتساب، ثم لا يعود استحقاقُ النفقة بالطلاق عند أبي حنيفة، وقال مالك: إن كان الطلاق قبل الدخول، عاد، وإن كان بَعْده، فلا، ومنع الأصحاب عجْزها، وقالوا: هي تَقْدِر على الاكتساب بالغَزْل والخدمة وغيرهما.

وإن كان الأصل بالمثابة المذكورة، ففي وجوب نَفَقَتِهِ على الفرع القولان ومال ها هنا جماعة إلى ترجيح الوجوب، قالوا: إن الوَلَد مأمورٌ بأن يصاحب والديه بالمعروف على ما قال تعالَىٰ: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفاً﴾ [لقمان ـ ١٥] وليس من الصحبة بالمعروف تكليفُهما الكَسْبَ على كِبَرِ السن، وامتنعوا من طَرْد طريقة القطْع في هذا الطرف؛ لِعِظَم حرمة الوالدينِ، ولذلك اختصا بسقوط القِصَاص، ووجب إعفاف الأب، وإذا جَمَعْتَ بين الطَّرَفين، حصَلَتْ ثلاثة أقوال: قولان مُطْلَقان، وقول مفصِّل بين الفروع والأصول. هذه هي الطريقة المشهورة للأصحاب، ولم يفرِّقوا بين اكتساب واكتساب، ومنهم مَنْ وضع الخلاف أولاً في اشتراط العَجْز عن الكسب اللائق به، ثم قالوا: إن شَرَطَ ذلك، ففي اشتراط العجْز عن كل

---

(١) سقط من: ز.

(٢) سقط من: ز.

كسبٍ [يليق به] بالزَّمانة وجْهان، ورأوا الأعدل والأقرب الاكتفاء بعَجْزه عما يليق به من الأكساب، وأوجبوا النفقة مع القدرة على الكنس وحمل القاذورات وسائر ما لا يليق به وهذا حَسَنٌ، وهذه الطريقةُ هي [الطريقة] التي أوردها في الكتاب.

وقوله: «استحق على قول» يجوز أن يُعْلَم بالحاء؛ لفرقه بين الأصول والفروع، بين الابن والبنت على ما ذَكَرنا.

وقوله: «ولم يستحق» بالألف، وقوله: «أما الطفل الكسوب فيستحق لا محالة إذا لم يكتسب» يعني أنه، وإن كان قادراً على الكسب، فإذا لم يكتسب، لم تَسْقط نَفَقَتُهُ؛ بخلاف البالغ المُكلَّف.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: ثُمَّ نَفَقَةُ الْقَرِيبِ عَلَى الكِفَايَةِ وَهُوَ مَا يَسْتَقِلُّ بِهِ دُونَ مَا يُشْبِعُ، وَلاَ يَسْتَقِرُ فِي الذِّمَّةِ إِلاَّ بِفَرْضِ الْقَاضِي، وَيَسْتَحِقُّ الأَبُ الإِعْفَافَ وَنَفَقَةَ زَوْجَةٍ وَاحِدَةٍ، وَإِذَا مَنَعَ الأَبُ النَّفَقَةَ فِلِلأُمِّ الأَخْذُ مِنْ مَالِهِ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَفِي اَسْتِقْرَاضِهَا عَلَيْهِ وَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ وَأَوْلَىٰ بِالمَنْعِ، وَفِي إِنْفَاقِهَا عَلَى الطِّفْلِ مِنْ مَالِهِ دُونَ إِذْنِ الأَبِ وَجْهَانِ وَأَوْلَى بِالجَوَازِ، وَالقَرِيبُ إِذَا عَجَزَ عَنِ القَاضِي فَاَسْتَقْرَضَ فَفِي لُزُومِ قَضَاءِ قَرْضِهِ وَجْهَانِ، وَكَذَا الخِلاَفُ فِي الجَدِّ الحَاضِرِ إِذَا اَسْتَقْرَضَ عَلَى الأَبِ الغَائِبِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه صُوَرٌ:

إحداها: نفقة القريب لا تُقَدَّر بل هي على الكفَايةَ، وعن ابن خيران فيما حكى القاضي ابْنُ كج وغيره: إنها تَتقدَّر بما تَتقدَّر به نفقة الزوجة، والظاهر المشهُور الأول؛ لأنها تجب على سبيل المواساة؛ لتزجية الوقْت ودفع حاجته الناجزة فيعتبر أصْل الحاجة وقدرها، حتى لو استغنى في بعض الأيام بضيافة وغيرها، لم تجب، ويعتبر حالُه في سنه وزهادته ورغبته فالرضيع، تكفي حاجته بمؤنة الإرْضاع في الحولَيْن والفطيم والشيخ على ما يليق بِهِما، ولا يُشْتَرط انتهاء حال المنفَقِ علَيْه إلى حد الضَّرورة، ولا يكفي ما يسد الرَّمَق، بل يعطيه ما يستقل به، ويَتمكَّن معه من التردُّد والتصرُّف[1]، ويجب الأُدْم

(١) وهذا كله من تصرف الإمام. قال ابن الرفعة: وهو لا يجتمع مع قولهم في المطلقة الحامل إذا احتاجت إلى أكثر من النفقة المقدرة إن قلنا للحامل لم تجب الزيادة، وإن قلنا لحمل وجب لأنها مقدرة بالكفاية، وهذا يدل على أنهم لا يقتصرون في الكفاية على ما يجب على أقل الزوج وهو ما ثقل البطن، ولا يمنع من التردد إلا أن يقال نحن لا نتحقق عدم الفرد والحمل الذي يتغذى بغذائها إلا بإشباعها فيجب اعتباره والأقرب اعتبار المد وعدم الزيادة عليه وعليه ينزل كلام ابن خيران السابق انتهى.

كما يجب القُوت، كي لا تختل القوى بالخبز البَحْت، وفي «التهذيب» ما ينازع في وجوب الإدام، وتجب الكسوة والسُّكْنَىٰ على ما يليق بالحال، وإذا احتاج إلى الخدمة، وجب مؤنة الخادم أيضاً.

وتسقط نفقة القريب بمُضِيِّ الزمان، ولا يصير دَيْناً في الذمة، وإن تَعدَّى بالامتناع من الإنفاق، وفي نفقة الصغير وجْهٌ أنَّها تثبت في الذمَّة تبعاً لنفقة الزوجة، لاعتنائها به كاعتنائها بنفسها، والظاهر الأول؛ لأنها ليست عوضاً، وإنما هي معونة ومواساة، ولذلك قال الأئمة: لا يجب فيها التمليك، وإنما الواجب الإمتاع، ولو سلَّم نفقة القريب إليه، فتلفت في يده، فعليه الإبْدَال، وكذا لو أتلفه المُسَلَّم إليه بنفسه لكن يؤخذ منه الضمان، إذا أيسر، ويستثنى ما إذا فرض القاضي، وأذن في الاستقراض؛ لغيبة أو امتناع، فيصير ذلك دَيْناً في الذمة[1].

الثانية: سَبَقَ في النكاح حكايةُ قولَيْن: في أنه هل يجب على الابن إعفافُ الأب، وإذا أوجبناه، فأحد الطُّرُق أن سبيلَهُ سبيلُ النفقة في مواضِعِ الوفاق، وهو المُعْسِر الزَّمِن، والخلاف وهو المُعْسِر الصحيح.

والثاني: أن النفقة أوْلَىٰ بالوجوب.

والثالث: أن الإعفاف أوْلَىٰ به، وإليه ذهب أبو إسحاق والإصطخريُّ، وأنه إذا أعفَّه بزوجة أو ملَّكه جاريةً، لذمته نفقتها، والقيام بمؤناتها، وأعاد مسألة الإعفاف مقتصراً على الأصح، وهو وجوبه [للأب]، فإذا كانت للأب زوجةٌ، فعلَىٰ الابن الإنفاق عليها، حيْث ينفق على الأب، لأنه إذا وجب عليه أن يُعِفَّه ابتداءً، فعليه أن ينفق على

---

(١) قال في القوت: أما صيرورتها ديناً بمجرد فرض القاضي ذكره في الوسيط والوجيز فقط وتبعه الرافعي والمصنف، وهو منتقد، ووهم ابن أبي الدم فزعم أنه لا خلاف فيه، وهذه المسألة تعم بها البلوى وحكام العصر يحكمون بذلك ظانين أنه المذهب فيجب التنبيه لها وتحريرها.

قال بعض أهل العلم: لم أر استقرارها بفرض القاضي إلا في الوسيط والوجيز والشرح وما أخذ منه.

قال: ويرده المعقول والمنقول، وقد كشفت كتباً كثيرة كالحاوي والشامل والنهاية والبسيط والمهذب وغيرها وليس فيها إلا القول بالسقوط دون استثناء فرض. وقاله المتولي لا يستثنى إلا مسألة الاستقراض وما عداها السقوط فيه نظر، وكذا قال في التهذيب والبحر لكنهما عزيا الاستثناء إلى صاحب التلخيص وهو لفظي، والحال في رد كلام الغزالي.

ثم قال: وممن صرح بأنها لا تستقر عليه بفرض القاضي الشيخ نصر في تهذيبه والمحاملي في «عدة المناظر»، ومحمد بن يحيى تلميذ الغزالي في تمهيده قال: ونقله ثقة عن معتمد البندنيجي. انتهى. ورويته في معتمد أبي نصر البندنيجي في كلامه على نفقة الزوجة لا تسقط بمضي الزمان، ورأيته في المعتمد في إتقان مسائل المذهب المجرد عن الشافعي لبعض المتقدمين، ثم الحال في ذلك، وأخذ في الخادم كلام الأذرعي كاملاً وزاد عليه بعض زيادة.

زوجته استدامةً للنكاح، ولذلك، لو كانَتْ له أمُّ وَلَدٍ.

ولو كانت تحته زوجتان أو أكثر لم تلزمه إلا نفقة زوجةٍ واحدةٍ، كما لا يعفه في الابتداء إلا بواحدةٍ، ويدفع تلك النفقة إلى الأَبِ، وهو يوزعها عليهما، ويكون لكلِّ واحدةٍ منهما حقُّ الفَسْخِ، لعدَم وصولها إلى تمام حقها، وإن فسخت واحدةٌ تحت النفقة للأخرى، وحكى الشيخ أبو عليٍّ وجهاً ضعيفاً. أنه إذا كانَتْ تحته زوجتان أو أكثر، لم تَلْزَمْه النفقة؛ لأن المستحِقَّ لا يتعيَّن، ولو كان للأب أولادٌ، ففي «التتمة»: أنه يجب على الابن الإنفاقُ عليهم من جِهَة أنَّ نفقتهم واجبةٌ على الأب، فيتحمل الابن عنه كنفقة الزوجة، والظاهر، وهو الذي أورده الشيخ أبو عليٍّ: أنها لا تَجِبُ وفرق بينهما وبين نَفَقَة الزوجةِ من وجهَيْن:

أحدهما: أنه إذا لم ينفق عليها، فسخَت النكاح، فيتضرر الأب.

والثاني: أن نفقتها تجب على الأب وإن كان معسراً، فيتحمل عنْه الابن، ونفقة الأولاد لا تجب على الأب، وهو مُعْسِرٌ، فلا معنى لتحمُّل الابن عنه وإذا كان الابن في نفقة أبيه، وله زوجة، فهل على الأب الإنْفَاق علَيْها؟ عن القاضي أبي حامِدٍ وغيره: أنه على وجْهَيْنِ، والأظهر: المَنْع؛ لأنه لا يجب على الأب إعفافُ الابْنِ، والذي أورده صاحب «المهذب»: أنه يجب عليه الإنفاقُ عليها، وأنه يجب الإنفاق على زوجةِ كل قريب، وجَبَتْ نفقته؛ لأنه من تمام كفايته، وقد حكاه القاضي الرويانيُّ عنه واستغربه، وأما إذا كان لِلابْنِ أولادٌ، فعلى الأب الإنفاقُ عليهم بحُكْم الجدودة وإعسارِ الأبِ.

وكما يجب على الابن نفقةُ زَوْجَةِ الأب[1]، يجب عليه كُسْوَتُها. قال في «التهذيب»: لا يجب الإدام، ولا نفقة الخادم؛ لأن فقْدَهما لا يُثْبِت الخيار، ولكن قياس ما ذكرنا أن الابْن يتحمَّل ما وجب على الأب وجوبهما؛ لأنهما واجبان على الأب مع إعساره.

الثالثة: إذا امتنع الأب من الإنفاق على الوَلَدِ الصغير أو كان غائباً، أذن القاضي لأُمِّه في الأخذ من ماله أو الاستقراض عليه، والإنفاق على الصغير بشرط أهليتهما لذلك، وهل تستقل بالأَخْذِ من ماله؟ فيه وجهان:

أظهرهما: عند صاحب الكتاب وغيره: نعم؛ لقصة هند.

والثاني: لا؛ لأنها لا تلي التصرف في ماله، فلا تلي التصرُّف في مال أبيه، ومَنْ

---

(١) قال الشيخ البلقيني: النفقة التي تجب على الابن هل هي نفقة معسر نظراً إلى حال الأب أم ينظر إلى حال الابن أم تعتبر الكفاية لأنها وجبت تبعاً لنفقة من نفقته على الكفاية الظاهر الأول.

قال به، حمل ما ذكره ﷺ لهند على أنه كان قضاء أو إذناً لها، لا إفتاءً وحكماً عامّاً[(١)] وفي استقلالها بالاستقراض عليه، إذا لم تجِدْ له مالاً وجهان بالترتيب، وهو أَوْلَىٰ[(٢)] بالمنع؛ لخروجه عن صورة الحديث ومخالفته القياسَ، ويُحْكَىٰ عن القفَّال تجويزه، فإن أثبتنا لها الاستقلال أو لم يكن في البلد قاضٍ، وأشهدت، فعليه قضاءُ ما استقرضته، وإن لم تُشْهِدْ، فعلى وجهَيْن، وإن أنفقت علَى الطِّفْل المُوسِر من ماله مِنْ غير إذن الأب ولا القاضي، فوجهان وجعلت هذه الصورة أَوْلَىٰ بالجواز؛ لأنها لا تتعدَّى مصْلَحة الطِّفْل، ولا تتصرف في مال غيره، ولو أنفقت عليه من مال نَفْسها على قَصْد الرجوع، وأشهدَتْ، رجَعَتْ، وإلا، فوجهان:

وإذا امتنع القريبُ من نفقة القريب، فللمستحق أخذ الواجب من ماله إن وجد جنسه وفي غير جنسه خلافٌ مذكورٌ في موضعه، وإن كان غائباً ولا مالَ له هناك، راجع القاضي، لِيَسْتَقْرِض عليه فإن لم يكن هناك قاضٍ، واستقرض بنفسه، فيُنْظَر، أَشْهَد أو لم يُشْهِد على ما ذَكَرْنَاه [في اقتراض الأم للطفل].

ولو كان الأبُ الذي عليه الإنفاق غائباً، والجد حاضراً، فإن تَبرَّع بالإنفاق، فذاك، وإلا استقرض القاضي علَيْه، أو أذن للجَدِّ في الإنفاق؛ ليرجع على الأب، وفي «البحر» حكاية وجْهٍ أنه لا يرجع عليه، وإن استقل الجَدُّ بالاستقراض، فإن أمكنه مراجعةُ القَاضِي، فليس على الأب قضاؤه، وفيه شيْءٌ ضعيفٌ هنا وإلا، فينظر في الإشهاد وعَدَمِهِ كما سبق، وهذه الصورة: تَقْرُب من مسألة هَرَب الجمال ونظائرها.

وإن وَجَبَتْ نفقة الأب أو الجَدِّ على الصغير أو المجنون، أخذها مِنْ ماله بحكم الولاية، ولهما أن يؤاجراه لما يطيقه من الأعمال، ويَأْخُذا من أجرته نفقةَ نَفْسِهما، والأم لا تأْخُذ إلا بإذن الحاكم، وكذا الابن إذا وجَبَتْ نفقته على الأب المجْنُون، فلو كان

---

(١) قال ابن الرفعة: ومن العجيب تردد الأصحاب في ذلك بناء على المأخذ المذكور، والشافعي يقول في الأم حيث ذكر قصة هند، وإن كانت هند زوجة لأبي سفيان وكانت القيمة على أولادها لصغرهم بأمر زوجها قال لها رسول الله ﷺ أن تأخذ من مال أبي سفيان ما يكفيها وولدها بالمعروف، فكذا الرجل يكون له على الرجل الحق بأي وجه كان يمنعه إياه وله أن يأخذ من ماله سراً وعلانية وكذلك حق ولده الصغار، وحق من هو قيم ما له ممن يوكله انتهى.

وإذا كانت هند مأذونة في الإنفاق على ولدها من جهة أبي سفيان لم يكن في قصتها ما يدل على أن للإمام ذلك من غير إذن لها في الإنفاق فيما يعطيها والقدر الزائد لم يأذن فيه.

(٢) وجزم الهروي في الأشراف بالمنع. قال: بخلاف الاستقراض عليه في نفقتها لأنها تصير ديناً في ذمته بخلاف نفقة الولد. وحكى الرافعي في باب زكاة الفطر عن الشيخ أبي محمد ترجيح المنع أيضاً إلا بإذن السلطان وهو يخالف ما نقله هنا عن القفال من تجويز إقراض الأم ويؤيد القول بالجواز مسألة الظفر ورجحه في المطلب.

يصلح لصنْعَة، فللحاكم أن يُوَلّيَ ابنه إجازته، وأخذ نفقة نفسه من أجرته.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَيَجِبُ عَلَى الأمِّ أَنْ تُرْضِعَ وَلَدَهُ اللِّبَأَ الَّذِي لاَ يَعِيشُ إِلاَّ بِهِ، ثُمَّ لَهَا الأُجْرَةُ عَلَى الأَبِ، وَلاَ يَجِبُ (م) عَلَيْهَا الإِرْضَاعُ إِلاَّ إِذَا فُقِدَ غَيْرُهَا، فَإِنْ رَغِبَتْ بِأُجْرَةٍ وَرَغِبَتْ أَجْنَبِيَّةٌ مَجَّاناً وَجَبَ الأَجْرُ عَلَى أَحَدِ القَوْلَيْنِ نَظَراً لِلطِّفْلِ، وَلِلزَّوْجِ مَنْعُهَا مِنَ الإِرْضَاعِ لِحَقِّ الاَسْتِمْتَاعِ إِذَا وَجَدَ مُرْضِعَةً أُخْرَىٰ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يجب على الأم أن ترضع ولدها اللبأ[1] لأنه لا يعيش إلا به هكذا أطلقوه، والمراد الغالب أو أنه لا يقوى ولا تشتد بينته إلا به وإلا فنشاهد هل يعيش بلا لبأ ثم لها أن تأخذ الأجرة عليه إن كان لمثله أجرة، ولا يلزمها التبرع بإرضاعه كما أن مالك الطعام يلزمه بذلِ الطعام للمضطر ولكن بالبدل، وفيه وجه منقول عن الحاوي أنه لا أجرة لها لأنه حق تعين عليها، والأب عاجز عنه فهو كما إذا أيسرت بالنفقة والأب معسر، ثم إذا لم يوجد بعد سقي اللبأ مرضعة أخرى وجب عليها الإرضاع إبقاء للولد، وكذلك لو لم يوجد إلا أجنبية فإن وجد غيرها وامتنعت من الإرضاع لم تجبر[2] عليه سواء كانت في نكاح الأب أو بائنة، وسواء كانت ممن يرضع مثلها الولد في العادة أو ممن لا يرضع لقوله تعالى: **﴿وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِع له أُخْرَىٰ﴾ [الطلاق ـ ٦]** وإذا امتنعت فقد حصل التعاسر، وبهذا قال أبو حنيفة وأحمد وعن مالك روايتان:

إحداهما: أنه لا يلزمها الإرضاع.

وأشهرهما: أنه يلزمها الإرضاع إن كان مثلها يرضع الولد في العادة.

وإن رغبت الأم في الإرضاع فإما أن تكون في نكاح أب الرضيع أو مفارقة.

الحالة الأولى: إذا كانت في نكاحه فهل للزوج منعها؟ فيه وجهان:

أحدهما: وهو اختيار القاضي الطبري لا لأنها أشفق على الولد من الأجنبية، ولبنها له أصلح وأوفق.

وأقواهما: وهو اختيار الشيخ أبي حامد له المنع لأنه يستحق الاستمتاع في

---

(١) قال الأذرعي: قيل لم يتعرضوا لمدة إرضاعه اللبأ الواجب عليها إرضاعها إياه منها، وظاهرها الاكتفاء بمرة واحدة. وقال الرافعي في القصاص: مدة إرضاعه اللبأ مدة يسيرة، ولم يزد على هذا، ويشبه أن يرجع في مدته التي لا يستغني الولد عنها إلى أهل الخبرة، فإن قالوا: يكفيه مرة بلا ضرر يلحقه كفت ولا عمل بقوله.

(٢) ومراده أنه يجب على الأجنبية إذا لم يوجد غيرها كما يجب على الأم إذا لم يوجد غيرها، وليس المراد أنه يجب على الأم مع وجود الأجنبية وإن كانت واحدة.

الأوقات المصروفة إلى الإرضاع فهذا ما أورده صاحب الكتاب والشيخ أبو إسحاق في المهذب، وقال: يكره[1] له المنع. فإن قلنا: ليس له المنع أو توافقا عليه فإن كانت متبرعة فذاك، وهل تزاد نفقتها للإرضاع فيه وجهان.

أحدهما: وبه قال أبو إسحاق والإصطخري نعم لأنها تحتاج في زمان الإرضاع إلى زيادة الغذاء ويجتهد الحاكم في تقدير الزيادة.

وأصحهما: المنع لأن قدر النفقة لا يختلف بحالة المرأة وحاجتها، ولذلك تستوي الزهيدة والرغيبة والأولى أن يقال هذه الزيادة تحتاج إليها لتربية الولد وعلى أبيه القيام بكفايته.

فإن طلبت أجرة بنى على أن الزوج هل يجوز له أن يستأجر زوجته لإرضاع ولده وفيه وجهان قد ذكرناهما في الإجارة قال العراقيون: لا يجوز لأنه يستحق الاستمتاع بها في تلك الحالة فلا يجوز أن يعقد عليها عقداً آخر يمنع استيفاء الحق كما إذا استأجر إنساناً للخدمة شهراً لا يجوز أن يستأجره تلك المدة لخياطة ثوب أو عمل آخر، وربما طردوا ذلك فيما إذا استأجر زوجته للخدمة وغيرها، وبه قال أبو حنيفة، والأصح أنه يجوز استئجارها عليه، ويكون الاستئجار رضاً بترك الاستمتاع، واحتج له بقوله تعالى: **﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق ـ ٦]** ولو لم يجز استئجارها لم يكن لها أجر فإن جوزنا استئجارها فليكن الحكم فيما إذا طلبت الأجرة كالحكم فيما إذا طلبت البائنة الإرضاع بالأجرة وسنذكره إن شاء الله تعالى وإذا أرضعت بالأجرة فإن كان الإرضاع لا يمنع من الاستمتاع ولا ينقصه فلها مع الأجرة النفقة، وإن كان يمنع أو ينقص فلا نفقة لها كما ذكره صاحب التهذيب وغيره ويشبه أن يجيء فيه الخلاف فيما إذا سافرت لغرض نفسها بإذنه، وإن قلنا لا يجوز الاستئجار، وأرضعت على طمع الأجرة ففي استحقاقها أجرة المثل وجهان، قال ابن خيران تستحق لأنها لم تبذل منفعتها مجاناً، وقال أكثرهم لا تستحق[2]، ولو استحقت لجاز استئجارها.

---

(١) قال النووي: الأول أصح، وممن صححه البغوي والروياني في «الحلية» وقطع به الدارمي والقاضي أبو الطيب في «المجرد» والمحاملي والفوراني وصاحب «التنبيه» والجرجاني. والله أعلم.

ومن أشار إلى ترجيحه الماوردي فإنه صدر به كلامه ثم حكى مقابله عن أبي حامد ثم اختار توسطاً وأشار إلى ترجيحه أيضاً أبو الفرج الزاز في تعليقه وجزم به الخوارزمي في الكافي.

(٢) قال الروياني في التجربة: ولم يتابع ابن خيران أحد يعني من الأصحاب واعلم أن الرافعي ذكر في كتاب الحج أن الأجير إذا صرف الإحرام إلى نفسه استحق الأجرة على الأصح لصحة العقد في الابتداء وحصول عرض المستأجر.

الحالة الثانية: إذا كانت مفارقة، وتبرعت بالإرضاع لم يكن للأب المنع وانتزاع الولد منها، فإن طلبت أجرة نظر إن كانت أكبر من أجرة المثل لم يجب عليه الإجابة، وكان له استرضاع أجنبية بأجرة المثل، وإن طلبت أجرة المثل فهي أولى من سائر المراضع بأجرة المثل، وإن وجد أجنبية تتبرع أو ترضى بما دون أجرة المثل فطريقان أشهرهما وبه قال ابن الوكيل وابن سلمة وصاحب الإيضاح[1] أن في المسألة قولين:

أحدهما: وهو اختيار المزني أنه لا ينزع الولد منها، ويجاب نظراً لها وللطفل، فإنها أشفق عليه ولبنها له أوفق، وأيضاً فلظاهر قوله تعالى: ﴿**فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ**﴾.

وأصحهما: أن له الانتزاع ولا يلزمه بذل الزيادة كما لو طلبت أكثر من أجرة المثل، وهناك من يرضى بها.

والثاني: القطع بالقول الثاني، وبه قال: أبو إسحاق والإصطخري، وحكاه ابن كج عن ابن سريج وابن أبي هريرة أيضاً وعلى الصحيح لو اختلفا فقال الأب أجد متبرعة وأنكرت فهو المصدق بيمينه، ووجهه بأنها تدعي استحقاق الأجرة عليه، والأصل عدمه ولأنه يعسر إقامة البينة على ما يقوله، فيصدق بيمينه كما لو ادعت المطلقة ثلاثاً أنها نكحت غيره وأنه أصابها تصدق لعسر إقامة البينة على الإصابة.

وقوله في الكتاب في أنه يجب على الأم «إرضاع اللبأ» ثم لها الأجرة يجوز إعلامه بالواو للوجه الذي حكيناه، ويخرج أيضاً إذا كانت الأم زوجته على الوجه الذي قلنا إنه لا يجوز له استئجار زوجته.

وقوله: «على الأب» مفروض فيما إذا كان المولود معسراً وهو الغالب، فإن كان يملك مالاً فيؤدي الأجرة منه، ولا تلزم على الأب.

وقوله: «ولا يجب عليها الإرضاع» يجوز إعلامه بالميم.

وقوله: «فإن رغبت بأجرة. . .» إلى آخره مطلق من جهة اللفظ لكنه أراد ما إذا لم تكن الأم في نكاحه على ما هو مبين في الوسيط والبسيط، ويجوز أن يعلم «القولين» بالواو للطريقة القاطعة.

وقوله: «بأجرة» يعني بأجرة المثل.

وقوله: «وللزوج منعها» معلم بالواو، والله أعلم بالصواب.

---

(١) في أ: الإفصاح.

البَابُ الثَّانِي فِي تَرْتِيبِ الأَقَارِبِ

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَالنَّظَرُ فِي أَطْرَافٍ: الأَوَّلُ اجْتِمَاعُ الأَوْلَادِ وَفِيهِ طَرِيقَانِ: إِحْدَاهُمَا: أَنَّ التَّقْدِيمَ بِالقُرْبِ، فَإِنْ تَسَاوَيَا فَهَلْ يُقَدَّمُ الوَارِثُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنِ اعْتَبَرْنَا الإِرْثَ فَهَلْ تَتَفَاوَتُ بِتَفَاوُتِ مِقْدَارِ الإِرْثِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مقصودُ البابِ الكلامُ فيما إذَا كان للمُحْتَاج أقاربُ، يَجبُ على كُلِّ واحدٍ منهم نفقته لو انفرد، على مَنْ تكون نفقته عند الاجتماع؛ وفي أنه إذا اجتمع للشخص أقاربُ محتاجُون، كَيْفَ ينفق عليهم؟ والأقاربُ في المقْصد الأوَّل، إما أن يَكُونُوا من الأصول أو من الفُرُوع أو منهما جميعاً، فرتب الكلام في الباب على أربعة أَطْرَافٍ، والثلاثة الأول في أقسام المقصد الأول، والرابع في المقصد الثاني.

وقوله في ترجمة الطرف الأول: «اجتماع الأولاد» يعني الفروع الذين يلْزَمُهم النفقة للأصْل المُحْتَاج، وإذا اجتمعَ اثْنَانِ منهم، نُظِرَ؛ إن استويا في القرب والوراثة أو عَدَمِها، والذكورة والأنوثة، فالنفقة عليهما بِالسَّوِيَّة، سواءٌ استويا في اليَسَار أو تَفَاوَتَا، وسواءٌ كانا قادرَيْنِ بالمال أو بالكسب أو أحدهما بالمال والآخر بالكسب، فإن كان أحدهما غائباً، أخذ قسطه من ماله، فإن لم يكن، استقرض[1] عليه.

مثاله ابنان أو ابنتان، أو ابنا ابن أو بنتا ابن، وإن اختلفا في شيء من ذلك، ففيه طريقتان:

إحداهما: النظر إلى القرب، فإن كان أحدهما أقْرَبَ، فالنفقة عليه؛ لأنه أوْلَىٰ بالاعتبار، ولا فرق بين أن يكون الأقرب وارثاً أو غير وارث، ولا بين أن يكون ذكراً أو أنْثَىٰ، فإن استويا في القُرْبِ، ففي التقديم بالإرْثِ وجهان:

أحدهما: أن [النفقة] على الوارث؛ لقوَّة قرابته.

والثاني: أنه لا أثر للإرث؛ لأن القرابة [المجرَّدة] عن الإرث موجبة للنفقة، فالإرث غير مَرْعِيٍّ في الباب.

فإن قدَّمْنا بالإرث، فلو استويا في أصل الإرث، فيستويان أو تتوزع النفقة بِحَسَب

---

(١) سكت عما إذا لم يوجد مقرض. وقال ابن الصباغ: ينبغي أن يلزم الحاضر بالنفقة للزوم نفقته لو انفرد. انتهى.
وقد أبداه القاضي الحسين في التعليق احتمالاً له أيضاً، وجزم به صاحب التتمة مورداً له إيراد المذهب فقال: فإن كان له مال حاضر استوفى الحاكم ما يخصه منه وإلا استقرض عليه، فإن لم يجد من يستقرض منه أمر الحاضر بالإنفاق، فإذا رجع الغائب طالبه بحصته وصرفه إلى المأمور.

الإرث؟ فيه وجهان[1]:

وجه الثاني: إشعار زيادَةِ الإرْثِ بزيادة قُوَّة القرابة.

والطريقة الثانية: أن النَّظَر أوَّلاً: إلى الإرث، فإن كان أحدهما وارثاً دون الآخر، فالنفقة على الوارث وإن كان غير الوارث أقرب، فإن تساويا [في الإرث، وأحدُهما أقرب، فالنفقة على الأقرب، فإن تساويا][2] في القرب أيضاً، فالنفقة عليهما ثم تستوي أو يراعى قدْر الإرث؟ فيه الوجهان، وإذا تساويا في المنْظُور إلَيْه على اختلاف الطريقين، وأحدهما ذكر، والآخر أنثى، هل يختص الذكَّرَ بوجوب النفقة عليه؟ فيه وجهانِ:

وجْهُ الاختصاص: أنه أقوى وأقْدَرُ على الكسب، وأيضاً، فإنه إذا اجتمع الأب والأمُّ، تكون النفقة على الأبِ دون الأم، هكذا قيده في «البسيط»، وجْه اعتبار الذكورة بما إذا استويا في سائر الأسْبَاب عن رواية الشَّيْخ أبي عليٍّ، وكأنه لذلك لم يجعلْه ها هنا طريقةً قاطعةً تقابل الطريقتين السابقتين، بل جعَلَه وجهاً بين الطريقتين، ومنهم مَنْ حكاها طريقة برأسها، فقال إن كان أحدهما ذكراً، فالنفقة عليه قريباً كان أو بعيداً، وارثاً كان أو غَيْرَ وارثٍ، وإن كانا ذكَرَيْن أو أنْثَيَيْنِ، فالنفقة على المدلي بالذَّكَر، فإن استويا في الإدلاء فهي على الأقرب، والأظهر عند صاحب الكتاب والإمام وصاحب «التهذيب» وغيرهم الطريقة الأولى: دون اعتبار الإرْث والذُّكورة، واحتجُّوا بأن الإرث والذكورة لا يُشْتَرَطَانِ في وجوبِ النَّفقة، والمنفرد منهم تلزمه النفقة، وإن لم يكن حائزاً ولا وارثاً، ويدل على قوة القرب أن مَنِ اعتبر الإرْثَ والذكورة، قَطَع عند استوائِهِما في الإرْث والذكورة بالاعتماد على القرب، والمُعْتَبِرون للقُرْب تردَّدوا عند استوائهما في الدَّرَجة في أنَّه، هل يُعْتبر الإرث والذكورة؟ واختيار العراقيين يخالف اختيار هؤلاء في بعْض المَنَازِل، كما نبينه في الأمثلة.

أمثلة:

ابن وبنْتٌ، النفقة عليهما بالسوية إن اعتبرنا القُرْب، وبه قال أبو حنيفة، وكذا على اعتبار الإرث، إن اكتفينا بأصْلِهِ، وإن اعتبرنا مقدار الإرْث فيكون عليهما أثلاثاً، وبه قال أحمد، وهي على الابن، إن اعتبرنا الذُّكُورة، وهذا ما اختاره العراقيون، وربما لم [يوردوا] غيره.

---

(١) سكت المصنف عن الترجيح، وكذا في المنهاج والمحرر، قال الأذرعي: من بعد في اجتماع الأصول إذا قلنا: الأم تنفق مع الأب رجح منهما الثاني، والترجيح لا يختلف بالنسبة إلى مسألتنا وإن كان الصحيح هنا انفراد الأب.

(٢) سقط من: ز.

بنت وابن ابن، هي على البنْتِ، إنِ اعتبرنا القُرْبَ وبه قال أبو حنيفة، وعليهما بالسوية، إن اعتبرنا الإرث، وعلى ابن الابن إن اعتبرنا الذكورة، وهذا ما اختاره العِرَاقيُّون، وعن أحمد: أن النفقة عليهما أثلاثاً؛ لأن الذَّكَر والأُنْثَىٰ يرثان أثلاثاً، فينفقان كَذَلِكَ.

بِنْتٌ وبِنْتُ ابْنٍ، هي على البِنْتِ، إن اعتبرنا القرب، وعليهما إن اعتبرنا الإرث[1].

[بنت وابن بنت هي على البنت إن اعتبرنا القرب أو الإرث وعلى ابن البنت إن اعتبرنا الذكورة].

ابن ابن وابن بنت عليهما إن اكتفينا بالقرب وعلى الأول إن رجحنا الإرث بنت ابن، وابن بنت هي على بنت الابن، إن اعتبرنا الإرْثَ، وعلى ابن البنت، إن اعتبرنا الذُّكُورة، وعليهما، إن اكتفينا بالاستواء في الدرجة[2] وتحكى الأوجه الثلاثة على الثاني [بنت بنت وبنت ابن ابن هي على الأولى إن اعتبرنا القرب وعلى الثانية إن اعتبرنا الإرث].

بنت ابن وبنت بنت، عليهما، إن اكتفينا بالاستواء في القُرْب وإن اكتفينا بالإرث، فعلى الثانية.

ابنٌ وولدٌ خُنْثَىٰ، إن قلنا في اجتماع الابن والبنت: تكون النفقة عليهما كذلك ها هنا، وإن قلْنا: تكون على الابن، فوجهان:

أحدهما: أن على الابْنِ نصْفَها؛ لأنه المستيقن، والنصف الآخر يستَقْرِضه الحاكِمَ فإنْ بان ذَكَراً، فالرجوع عليه، وإلا، فالرجوع على الابْنِ، وهذا كما أنه إذا كان أَحَدُهما غائباً يُؤخَذ النِّصْف مِنَ الحاضر، ويستقرض على الغائب.

وأظهَرُهما: أنَّه يُؤخَذ الجميع مِنَ الابْنِ؛ لأنه بِصَدَد أن يكُونَ الكُلُّ عليه، فهو

---

(١) هذا الكلام منتقد؛ لأنه عند الاستواء في الإرث عند من نظر إليه يرجح بالقرب على الأصح والبنت أقرب من بنت الابن، وحينئذ فإذا اعتبرنا الإرث كان على البنت وحدها أيضاً. وقد صرح الإمام بذلك فقال: بنت وبنت ابن النفقة على البنت على الطرق فإن من راعى القرب قدمها ومن يراعي الإرث رجحها على الاختصاص بالقرب. انتهى. نعم إيجاب النفقة تفريعاً على الإرث وجه حكاه المتولي فقال: بنت وبنت ابن، المذهب أن النفقة على البنت وفيه وجه أنه عليهما لاشتراكهما في الميراث. انتهى.

(٢) وكأن المراد إذا اكتفينا بالاستواء ولم يرجح بالإرث أما إذا رجحنا به فعلى بنت الابن وحكى القاضي وغيره من العراقيين المعتبرين الذكورة فيه أوجها: أحدها: بنت الابن أولى. والثاني: أن ابن البنت أولى لذكورته. والثالث: هما سواء لاستواء قرابتهما مع عدم التعصب.

أَوْلَىٰ بالمطالبة من غيره، فإن بان الخنثى ذَكَراً، رجع عليه بالنصف.

بنتٌ وولَدٌ خنثَىٰ، إن قلْنا: لو اجتمع الابن والبنت، تكون النفقة عليهما، فكذلك ها هنا، وإن خصَّصْناها بالابن، فوجهان:

أحدهما: الإنفاق على الخُنثَىٰ؛ لاحتمال كونه ذكراً فإن بانت أنوثَتُه، رَجَعَت على أختها بالنِّصْف.

[والثاني]: لا تُؤْخذ منه إلا النصف؛ لأنه المستيقن، ويُؤْخَذ من البنتِ النصْفُ، فإن بانت ذكورته، رجَعَتْ أخته[1] عليه بما أنفَقَتْ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الثَّانِيَةُ: أَنَّ الإِرْثَ مُقَدَّمٌ فَإِنْ تَسَاوَيَا فَالأَقْرَبُ، فَإِنْ تَسَاوَيَا وُزِّعَ عَلَيْهِمَا، وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ يُقَدَّمُ بِالذُّكُورَةِ فَالنَّفَقَةُ عَلَى ٱلاِبْنِ لاَ عَلَى البِنْتِ الطَّرَفُ الثَّانِي: ٱجْتِمَاعُ الأُصُولِ فَالأَبُ مُقَدَّمٌ عَلَى الأُمِّ فِي الصِّغَرِ، وَبَعْدَ البُلُوغِ وَجْهَانِ، فَإِنْ وَجَبَ عَلَيْهِمَا فَهَلْ يَتَفَاوَتَانِ بِمِقْدَارِ الإِرْثِ؟ وَجْهَانِ، أَمَّا الأَجْدَادُ وَالجَدَّاتُ فَالقَرِيبُ مُقَدَّمٌ عَلَى البَعِيدِ المُدْلِي بِهِ، فَإِنِ ٱخْتَلَفَتِ الجِهَةُ خُرِّجَ عَلَى الطَّرِيقَيْنِ، وَطَرِيقَةٌ ثَالِثَةٌ أَنَّ الوَلِيَّ أَوْلَىٰ، فَإِنِ ٱسْتَوَيَا فَالمُدْلِي بِالوَلِيِّ أَوْلَىٰ، فَإِنِ ٱسْتَوَيَا فَالأَقْرَبُ، وَطَرِيقَةٌ رَابِعَةٌ أَنَّ الذَّكَرَ أَوْلَىٰ، وَإِلاَّ فَالمُدْلِي بِالذَّكَرِ، وَإِلاَّ فَالأَقْرَبُ، وَقِيلَ: الذُّكُورَةُ وَالوِرَاثَةُ تَجْبَرُ إِحْدَاهُمَا بِالأُخْرَى فَيَتَسَاوَيَانِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا اجتمع للمُحتاج قريبانِ مِنْ أصوله، لو انفرد كلُّ واحد منهما، لَوَجَبَت النفقة عليه، نُظِرَ: إن اجتمع أبوه وأمه، فإن كان المحتاجُ صغِيراً، فالنفقةُ على الأب؛ لقوله تعالى: **﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق ـ ٦]** أوجب أجرة الإرْضَاع على الأبِ، ولقصَّة هنْد، وإن كان بالغاً، فوجهان:

أصحُّهما: أن الجواب كذلك ويستصحب ما كان في الصِّغَر، وبه قال أبو حنيفة: والثاني، ويُنْسَب إلى القفَّال: أنها توزَّع عليهما؛ لاستوائهما في القُرْبِ والولادةِ، والإيجابُ عليه قَبْل البلوغ كان من أثر الولاية على الصَّغِير؛ وعلى هذا، فيُسوَّىٰ بينهما، أو يُجْعَلُ بينهما أثلاثاً بِحَسَب الإرْثِ؟ فيه وجهان، رجَّح منهما الثاني، وإن اجتمع واحدٌ من أباء الأب مع الأمِّ، فالظاهر تنزيله منزلة الأبِ؛ لأنه يشاركه في الولاية والعصوبة، وقد يقع عليه اسم الأب، وفيه وجهان آخران:

أحدهما: أن النفقة على الأم لقربها.

---

(١) قال النووي: كان ينبغي أن يجيء وجه الافتراض ولا يؤخذ من البنت شيئاً.

والثاني: يُوزَّع عليهما؛ لتعارض القرب والعصوبة، وإذا وزعت عليهما، فيسوى أو يثلَّث؟ فيه الوجهان، ويحكى التثليث عن أبي حنيفة وأحمد ـ رحمهما الله ـ وإن اجتمع اثنان من الأجْدَاد والجدات، نُظِرَ؛ إن كان أحدهما يُدْلِي بالآخر، فالنفقة على القريب دُون البَعِيد، وإلا، ففيه طرق:

أحدها: اعتبار القُرْبِ.

والثاني: اعتبار الإرث على ما ذَكَرْنا في طَرَف الفُرُوع.

والثالث: وهو اختيار المَسْعوديِّ: أن الاعتبار بولاية المَالِ، فإنها تُشعِر بتفويض التربية إلَيْه، وقد يحتج له أيضاً بأن النفقة عند اجتماع الأم والأب على الأَبِ، فإنْ لم يكُنْ لِوَاحِدٍ منهما ولايةٌ وأحدهما يُدْلِي بالوليّ أو هو أقرب إدلاء بالولِيّ، فالنفقة عليه، فإن استويا في الإدلاء به وجوداً وعدماً واعتبر فيه القرب والمراد في هذه الطريقة من الولاية الجهةُ التي تُفِيدها، لا نفس الولاية التي قد يمنع منْها مانع مع قيام الجهة.

والرابع: أن الاعتبار بالذُّكورة، فالنفقة على الذكر فإن كانا ذكَرَيْن أو أنثَيَيْن، فالنفقة على المُدْلِي بالذَّكَر، فإنِ اسْتَوَيَا، اعتبر[1] القرب.

والخامس: أنه يُعْتَبَر الإرث والذكورة معاً، فإن اختص أحدهما بالمعنيين، فالنفقة عليه، وإن وُجِدَا فيهما، أو لم يُوجَدَا أو وُجِدَ أحدهما في أحدهما، والثاني في الثاني، فيعتبر القرب، ويُجْبَر على هذه الطريقة فِقْدَان كلِّ واحدٍ من المعنيين بالآخر.

الأمثلة:

اجتمع أبُ الأبِ وأبُ الأمِّ، إن اكتفينا بالقرب سوَّيْنا بينهما، وإن اعتبرنا الإرْثَ أو الولاية فالنفقة على أَبِ الأبِ.

أمُّ الأب وأمُ الأم، إن اعتبرنا القُرْبَ أو الإرْث، سوَّينا بينهما، وإن اعتبرنا الإدْلاء بالولي أو بالذَّكَر، فهي على أمّ الأبِ أب الأم وأم الأب، إن اعتبرنا القرب، فهما سواءٌ، وإن اعتبرنا الإرث أو الإدلاء بالوليّ، فهي على أم الأب، وعلى الطريقة الخامسة يُجْبَرُ فِقْدَانُ الإرث في أب الأم بالذكورة، وفِقْدانُ الذكورة في أم الأب بالوراثة، فيستويان، وخَرَّج بعضُهم الخلافَ في اجتماع الجَدِّ والأمِّ على هذه الطرق، وقال: إن اعتبرنا القُرْب، فالنفقة على الأمِّ، وإن اعتبرنا الإرْثَ، فهي عليهما، وإن اعتبرنا الولاية

---

(١) قال في الوسيط: والرابع يعتبر الذكورة، فالذكر أولى، فإن استويا فالأقرب. قال الشيخ شهاب الدين أبو شامة المقدسي في حواشي البسيط: وهذا ينبغي أن يكون في الطريقة الثالثة لا الرابعة لأن التعليل يدل عليه.

أو الذكورة، فعَلَيْهِ، إلا أنَّ ما رجّح في الصورتين لا يلائم ما رجّح من الطرق، وهو اعتبار القرب.

وقوله في الكتاب: «وقيل: الذكورة والوراثة إلى آخره، هو الطريق الخامِسُ مختصراً، ولْيُحْمل قولُه تجبر إحداهما بالأخْرَىٰ» على أنه يجبر فِقْدَانُ إحداهما بالأخْرَىٰ، وإلا، فهما صفتا كمالٍ، ولا يجبِر الكمال بالكمال، وإنما يُجْبَر النقصان بالكمال.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الطَّرَفُ الثَّالِثُ: اجْتِمَاعُ الفُرُوعِ وَالأُصُولِ ابْنٌ وَأَبٌ قِيلَ: الأَبُ أَوْلَىٰ لِلوِلاَيَةِ، وَقِيلَ: الابْنُ لِلْخِدْمَةِ، وَقِيلَ: يَتَسَاوَيَانِ، وَالأُمُّ كَالأَبِ، وَقِيلَ: الابْنُ أَوْلَىٰ مِنْهُمَا قَطْعاً، وَكَذَا الخِلاَفُ فِي الجَدِّ وَالابْنِ أَعْنِي أَبَ الأَبِ، ثُمَّ تَعُودُ تِلْكَ الطُّرُقُ الخَمْسُ، وَإِنَّمَا يَزِيدُ النَّظَرُ إِلَى وِلاَيَةِ التَّرْبِيَةِ وَإِلَى الخِدْمَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا اجتمع للمُحْتَاجِ واحدٌ من الأصول وواحدٌ من الفروع، قال الأئمة: تجيء فيه الطُّرُق، فيقدَّم الأقْرَبَ في طريق، والوارثُ في طريق، والوليُّ في طريق، والذَّكَر في طريق، ويُسوَّىٰ بين الذكر والأنثى في طريق، وإذا وجبت النفقةُ على وارثين، فيجيء الخلافُ في أن التوزيع يَكُونُ بالسوية، أو بحسب الإرث، ويزيد ها هنا النظرُ إلى أن الإنفاق فيه معْنَىٰ التربية، وَالتَّربيةُ بالأصول أليقُ، ومعنى الخِدْمَةِ، والخِدْمَةُ بالفُروعِ أليقُ، وتفصيل هذه الجملة بِذِكرِ صُوَرٍ:

أبٌ وابنٌ، فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن النَّفقَة علَىٰ الأب استصحاباً لما كان في الصِّغَر، وأيْضاً، فنفقة الوَلَد على الأب منصوصٌ عليها في قصَّة هِنْد وغيرها بخلافِ نفقةِ الأبِ علَىٰ الولد، وأيضاً، فإنه مخصوص بالولاية، ويُحْكَىٰ هذا عن اختيار أبي عبد الله الحُسَيْن.

وأصحُّهما: على ما ذكر صاحب «التهذيب» والقاضي الرويانيُّ وغيرهما، وهو اختيار صاحب «التلخيص»: أنها على الابْنِ؛ لأن عصوبته أقوى، ولأنه أولَىٰ بالقيام بشأن أبيه، لِعِظَمِ حرمته.

وثالثها: أنها عليهما لاستوائهما في القُرْب، ولتعارض المعانِي، وعلى هذه الوجوه، ما إذا اجتمع أبٌ وبنتٌ، ويتوجه الوجوب على الأب بأنه ذَكَرٌ أيضاً، وما إذا اجتمع جَدٌّ وابنُ ابنٍ.

وفي أمٍّ وبنْتٍ طريقانِ:

أظهرهما: مَجِيْءِ الأوجه.

والثاني: القطْع بأنها على البنْت، ويُحْكَىٰ هذا عن القاضي أبي حامد وغيره، وكأنهم اعتمدوا في الإيجاب على الأب معنى الولاية واستصحابِ مَا كَانَ في الصِّغَر والذكورة، وهذه المعانِي لا تُوجَدُ في الأم. أمٌّ وابْنٌ، فيه طريقان:

أحدهما: طَرْدُ الأوجه الثلاثة.

والثاني: القطْعُ بتقديم الابْنِ؛ لضعف الإناث، وبُعْدِ حالهن عن تَحمُّلِ المؤنات عن الغَيْرِ، ويجري الطريقان في جَدٍّ وابْنٍ، وفي أبٍ وابنِ ابنٍ أقوى[(١)].

قال في «التهذيب»: والأصحُّ أنه لا نفقة على الأصول ما دام يوجد واحدٌ من الفروع قريباً كان أو بعيداً، ذكراً كان أو أنثىٰ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الطَّرَفُ الرَّابِعُ فِي ازْدِحَامِ الآخِذِينَ فَإِذَا لَمْ يَفضُلْ مِنْهُ إلاَّ قُوتٌ وَاحِدٌ فَالزَّوْجَةُ أَوْلَىٰ، وَفِي الأَبْعَاضِ تعُودُ الطُّرُقُ، وَلَكِنَّ الأُنُوثَةَ هَهُنَا تَرجَحُ لِلآخِذِ ـ لِلأَخْذِ حَيثُ رَجَّحْنَا، ثُمَّ الذُّكُورَةُ فِي الالْتِزَامِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ هَهُنَا لاَ يُؤَثِّرُ تَفَاوُتُ الإِرْثِ، ثُمَّ إِنِ اسْتَوَوْا وُزِّعَ عَلَيهِمْ، فَإِنْ كَانَ قَلِيلاً أُقْرِعَ بَيْنَهُمْ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا اجتمع على الشَّخْص الواحِدِ محتاجون، يلزمه نفَقَةُ كلٍّ واحِدٍ منهم، نُظِرَ إن وَفَّىٰ ماله أو كَسْبُه بنفقتهم، فعلَيْهِ نفقة الجميع القريبِ منهم والبعيد، وإن لم يَفِ بالكل، ولم يكْفِ ما يفضل عنه إلا نفقة واحدٍ، فيُقَدِّم نفقةُ الزوجَةِ، على نفقة الأقارب؛ وذلك لأنها أثبت وأقْوَىٰ؛ ألا ترى أنَّهَا لا تَسْقُطُ بغناها، [ولا بإعساره] ولا بِمُضِيِّ الزمان، وبأنها وجبت عِوَضاً، والنفقة على القَرِيبِ مواساةً والعِوَضُ أوْلَىٰ بالرعاية مِنَ المواساة، واعترض الإمام بأنها إذا كانت كذلك، كانت [كالديون][(٢)]، ونفقة القريب من مال المُفْلِس، تُقَدَّم على الديون، وخَرَّج لذلك احتمالاً في المسألة، وأيَّده بما رُوِيَ أن رجلاً جاء إلى النبيِّ ﷺ فقال: «مَعِي دِينَارٌ، فَقَالَ: أَنْفِقهُ عَلَىٰ نَفْسِكَ، فَقَالَ: مَعِي آخَرُ، فَقَالَ: أَنْفِقْهُ عَلَىٰ وَلَدِك، قَالَ مَعِي آخَرُ، فَقَالَ: أَنْفِقْهُ عَلَىٰ أَهْلِكَ»[(٣)] فقدَّم نفقة

---

(١) في أ: أقرب. (٢) في ز: نفقتها كالذكور.

(٣) رواه الشافعي [١٧٢١] وأحمد [٢/ ٢٥١ ـ ٤٧١]، والنسائي [٥/ ٦٢] وأبو داود [١٦٩١] وابن حبان [٨٢٨ موارد] والحاكم [١/ ٤١٥] من حديث أبي هريرة، قال ابن حزم: اختلف يحيى القطان والثوري، فقدم يحيى الزوجة على الولد، وقدم سفيان الولد على الزوجة، فينبغي أن لا يقدم أحدهما على الآخر بل يكونا سواء، لأنه قد صح أن النبي ﷺ كان إذا تكلم تكلم ثلاثاً، فيمكن أن يكون في إعادته إياه قدم الولد مرة، ومرة قدم الزوجة، فصارا سواء.
قال الحافظ: وفي صحيح مسلم من رواية جابر تقديم الأهل على الولد من غير تردد، فيمكن أن ترجح به إحدى الروايتين.

الولَدِ على نفقة الأهْلِ، كما قدم نفقة النفس على نفقة الولد.

وروى صاحب «التتمة» وجْهاً: أن نفقة الولَدِ الطِّفْلِ تُقدَّم على نفقة الزوجة، وأما الذِّيْن ينفق عليهم بالقرابة، فتعود فيهم الطُّرَق، فيُصْرف الفاضل إلى الأقرب، أو الوارث، أو الوليّ، وفي الطريق الذي قلْنا: إنها تجب على الذَّكَر، يُصْرَف الفاضل ها هنا إلى الأنثىٰ؛ لِعَجْزِها، وزيادَةِ ضعْفها، ويُسَوَّى في الطريق الآخر بين الذكر والأنثى، وإذا صُرِفَ إلى وارِثِينَ، فَيُوزَّع بالسوِيَّة أو بِحَسَبِ الإرث، يَعُود فيه الوجهان، وعن الأكثرين: أنه لا يُنْظَر ها هنا إلى مقادير الإرْثِ، ونُورِدُ للتفصيل والتمثيل صوراً:

ابنان أو ابنتان يُصْرَف الموجُودُ إليهما، فإن اختص أحدهما بمزيد عجز؛ بأن كان مريضاً أو رضيعاً، فهو أوْلَىٰ قاله في «البَحْر».

ابن وبنت، فالصحيح أنَّهما كالابنين أو كالبنتين، وفيه وجهٌ أن البنْتَ أوْلَىٰ؛ لِضَعْفها. ابن بنت وبنت ابن، حكى الرويانيُّ أن بنت الابن أوْلَىٰ؛ لضعفها، وعصوبة أبيها، ويشبه أن يُجْعَلاَ كالبنْتِ والابن.

أبٌ وَجَدٌّ أو ابنٌ وابنُ ابن، في وجْهٍ: هما سواءٌ؛ لتساويهما في القرابة، والأصحُّ: تقديم الأب والابن؛ لزيادة القُرْب، فإن كان الأبْعَدُ زَمِناً، ففي «التهذيب» أنه أوْلَىٰ وذكر أنه لو اجتمع جدَّانِ في درَجَةٍ واحدة، وأحدهما وعصبة، كأبِ الأب معَ أبِ الأمِّ، فالعصبة أوْلَىٰ، وأنه لو اختلفت الدرجة، واستويا في العصوبة أو عدمها فالأقرب أوْلَىٰ، وإن كان الأبعد عصبةً، تُعَارِضُ القرْبَ والعصوبة، واستويا.

ابنٌ وأبٌ إن كان الابْن صغيراً، فهو أوْلَىٰ وإلا، فثلاثة أوجه.

أحدها: أن الابن أوْلَىٰ أيضاً، كما في الصغير.

والثاني: الأَبُ أَوْلَىٰ؛ لعظم حرمته.

والثالث: أنهما سواءٌ، ويُحْكَىٰ عن اختيار القفَّال، وتجري الأوجه في الابْنِ والأمِّ، وفي الأب والبنت، ويشبه أن تجيء طريقةٌ قاطعةٌ بتقديم الأب وتجري الأوجه في الجد وابن الابن.

أبٌ وأمٌّ، فيه ثلاثة أوجه:

أصحهما: تقديم الأم؛ لزيادة عجزها، ولأنها انفردت بجملة إرضاعه وحضانته، فكان حقُّها آكَدَ، ويُرْوَىٰ أن رجلاً أتَىٰ رسول الله ﷺ فقال: «مَنْ أَبَرُّ فَقَالَ: أُمَّكَ قَالَ: ثُمَّ مَنْ؟ قَالَ أُمَّكَ قَالَ: ثُمَّ مَنْ قَالَ: أُمَّكَ قَالَ: ثُمَّ مَنْ قَالَ: أَبَاكَ»(١).

---

(١) متفق عليه البخاري [٥٩٧١]، من حديث مسلم ٢٥٤٨] من حديث أبي هريرة نحوه، ورواه باللفظ المذكور هنا، أبو داود [٥١٣٩] والترمذي [١٨٩٨] والحاكم [٤/ ١٥٠] من حديث بهز بن=

والثاني: يُقدَّم الأب مكافأةً لاتفاقه علَيه في الصغر.

والثالث: التسويةُ بينهما؛ لاستوائهما في القرب.

جدٌّ وابنٌ، فيه طريقان أحدهما: طرْدُ الوجوه.

والثاني: القطْعُ بتقديم الابن، وعن «الجامع» للقاضي أبي حامد: أنه لو اجتمعت جدتانِ لإحداهما ولادتان، وللأخرى ولادةٌ واحدةٌ، فإن كانتا في دَرَجَةٍ واحدةٍ، [فذات] الوِلاَدَتَيْنِ أَوْلَىٰ، وإن كانت هي أبْعَدَ، فالأُخْرَىٰ أَوْلَىٰ وأنه لو اجتمعتْ بنتُ بنتُ بنتٍ، أبوها ابْنُ ابنِ بنْتٍ مع بنتِ بنتِ بنتٍ، ليس أبوها من أولاده، فإن كانتا في دَرَجَةٍ واحدةٍ، فصاحبه القرابتين أولَىٰ، وإن كانَتْ هي أبْعَدَ، فالأخْرَىٰ أوْلَىٰ، ومهما استوى اثنان، وُزِّعَ المقدور عليه بينهما، وإن كثروا بحيث لو وزَّعْنا، لا يسد قسْط كل واحد منهما مسداً، فالطريقُ الرجوعُ إلى القُرْعة، وكان يَجُوز أن لا يُصَار إلى التوزيع أصلاً؛ لأن كلَّ واحدٍ منهم لا يكفيه ما يَخُصُّه؛ ولذلك قلْنا: لو قَدَر الزوجُ على نصْف المُدِّ، كان لها حقُّ الفسخ على الأظهر.

وقوله في الكتاب: «في ازدحام الآخذين» أشار بلفظ «الازدحام» إلى أن الكلام في الكتاب فيما إذا لم يتيسر له الإنفاق على جميعهم، وفَضَلَ عَنْه شيء وازدحموا عليه.

وقوله: «فالزوجة أوْلَىٰ» يجوز أن يُعْلَمَ بالواو.

وقوله: «ترجح للأخذ» يجوز أن يُقْرَأَ الآخِذ على موافقة لفظ الآخذين، ويجوز أن يقرأ «الأَخْذ»، وهو أوْلَىٰ؛ لقوله في مقابلته: «الالتزام».

فُرُوعٌ: إذا أوجبنا النفقة على أقرب القرابَتَيْنِ، فمات أو أَعْسَرَ، وجَبَ على الأبْعَدِ، ثم إن أَيْسَرَ الأقرب بعْد ذلك، لم يرجع الأبْعَدُ عليه بما أنفق.

وفي «البحر»: أنه لو كان له وَلَدَانِ، ولم يَقْدِر إلا على نفقة أحدهما، وله أب موسِرٌ، وجب على الأب نفقةُ الآخرِ فإنِ اتفقا على الإنفاق بالشِّركة، أو على أن يَخْتَصَّ كُلُّ واحدٍ بواحدٍ، فذاك، وإن اختلفا، عُمِلَ بقول مَنْ يدعو إلى الاشتراك.

وذكر أنه لو كان للأبوَيْنِ المحتاجَيْنِ ابنٌ، لا يَقْدِر إلا على نفقة أَحَدِهما، وللابْنِ ابنٌ موسرٌ، فعلى ابْنِ الابْنِ باقي نفقتهما، فإن اتفقا على أن ينفق عليهما بالشركةَ أو علَىٰ أن يختص كلُّ واحدٍ منهما بواحدٍ، فذاك، وإن اختلفا رجعنا إلى اختيار الأبوين، إن

= حكيم عن أبيه عن جده معاوية بن حيدة، ورواه أبو داود من طريق كليب بن منفعة عن جده نحوه، وعن المقدام بن معدي كرب سمعت النبي ﷺ يقول: إن الله يوصيكم بأمهاتكم، ثم يوصيكم بآبائكم، ثم بالأقرب فالأقرب، أخرجه البيهقي بإسناد حسن.

استوت نفقتهما، وإن اختلفت، اختصَّ أكثرهما نفقة، بمن هو أكثر[هما] يساراً وجوابا الصورتين متفاوتان كما ترى والقياس أن يُسَوَّى بينهما بل ينبغي في الصورة الثانية أن يقال: تختص الأم بالابنِ تفريعاً على الأصَحِّ، وهو تقديم الأمِّ على الأبِ، وإذا اختصَّتْ به، تعيَّن الأبُ لإنفاق ابْنِ الابْنِ.

ولا يجب على العَبْد نفقةُ ولَدِهِ، ولكن، إن كانتِ الأم حرةً، فالولد حرٌّ، وعليها نفقته، وإن كانَتْ رقيقة: فهو رقيق أيضاً، والنفقة على المالك، وإن كان الوَلَدُ حُرّاً، والأبوان رقيقين، فنفقته في بيت المال، إلا أن يكون في فروعه مَنْ تلزمه نفقته، ولا يجب على المكاتَبِ أيضاً نفقةُ ولَدِهِ من زوجته، سواءٌ كانَتْ زوجته أمَةً أو حُرَّةً أو مكاتَبَةً، أما إذا كانتْ حرَّةً، فِلأنَّ ولدها يكون حرّاً، والمكاتَبُ لا يُنْفِق على أقاربه الأحْرَارِ، ولأنه ليس من أهل المواساة، وأما إذا كانت أمةً، فلأنَّ ولدَها يكون لِمَالِكِها، ونفقته عليه لِحَقِّ المِلْك، وأما إذا كانَتْ مكاتَبَةً، فوَلَدُها ملك للسيد، أو يتكاتب عليها حتَّى يَعْتِقَ بعتقها، ويَرِقَّ بِرِقِّها؟ فيه قولان، فإن قلْنا: إنه مِلْكٌ لسيدها، فنفقته عليه، وإن قلْنا: يتكاتب عليها، فنفقته على المكاتبة، أو على سَيِّدها؟ فيه قولان بِنَاءً على أنه لَوْ قتل لمن تكون القيمة؟ وفيه قولان:

أحدهما: للسَّيِّد، فعَلَىٰ هذا تكون النفقة.

والثاني: أنها للمكاتَبَةِ، تستعين بها على أداء النُّجُوم، فعلَىٰ هذا تنفق هي على الولَدِ مِنْ كسبها.

قال القاضي الرُّويانيُّ: هذا أصح ويتبيَّن بما ذكرنا: أن ولَدَ المكاتَبَةِ لا تجِبُ نفقته على أبيه بحال، حرّاً كان أو عبداً، أو مكاتباً، وكما لا يجب على المكاتَبِ أن يُنْفِق على وَلَدِه من زوجته الأمة أو المكاتَبَةِ، لا يجوز له عَجَزَ أن ينفق عليه؛ صيانةً لحق السيد، فإن كانت الأمة أو المكاتَبَة لسَيِّده أيضاً، فيجوز أن يُنْفِقَ على الوَلَدِ، وإن لَمْ يجب، أما في ولَدِهِ من الأَمَة، فعلى الإطلاق، فإنه مِلْكٌ للسيِّد فإن عَجَزَ المكاتَبُ، فقد أنفق من مال السيد على ملْكه، وإن رَقَّ، فقد أنفق من مال نفسه على مِلْكِ السيد، وأما في وَلَدِه من المكاتَبَة، فكذلك، إن جعلْناه مِلْكاً للسيد، وإنْ قلنا: يتكاتب علَيْها، فلا يجُوزُ له أن يُنْفِق عليه، لجواز أن تُعْتَق ويُعْتَق الولد، ويعجز المكاتَبُ، فيكون قد فَوَّت مال سيده؛ هكذا أطلقوه، ولا يصح القول بتجويز الإنفاق من ماله على ملكه بغَيْر إذنه، ولو استولد المكاتَبُ جارية نَفْسِهِ، فإنْ قلْنا: لا يجوز له ذلك، فيتكاتب الولد عليه، وينفق المكاتَبُ عليه من اكتسابه؛ لأنه لَوْ أُعْتِقَ، فقد أنفق من ماله على وَلَدِهِ، وإن رَقَّ الولدُ أيضاً، فيكون قد أنفق مال السيد على عبده.

وهل تجب نفقة المكاتَبِ على ولده الحُرِّ؟

عن «الحاوي»: أنه يحتمل وجهَيْن:

أحدهما: لا، لبقاء حكم الرِّقّ عليه.

والثاني: نعم؛ لانقطاع نفقته عن السيِّد[١]، ومَنْ نصْفُه حرٌّ ونصفُه رقيقٌ، قال في «البسيط»: الظاهر أنَّه يلزمه نفقة القريب؛ لأنها كالغرامات، وهل يلزمه نفقة تامَّة أو نصْف النفقة، فقد حكى القاضي ابن كجٍّ فيه وجهَيْنِ[٢] وذكر وجهَيْنِ[٣] أيضاً فيمن نصفه، حرٌّ ونصْفُه رقيقٌ، هل يجب على قريبه الحرِّ نفقته بقدْر ما فيه من الحرية، والله أعلم.

البَابُ الثَّالِثُ فِي الحَضَانَةِ، وَفِيهِ فَصْلاَنِ

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الأَوَّلُ فِي صِفَاتِ الحَاضِنَةِ فَنَقُولُ: الحَضَانَةُ وِلاَيَةٌ وَسَلْطَنَةٌ لَكِنَّهَا بِالإِنَاثِ أَلْيَقُ، وَالأُمُّ أَوْلَىٰ مِنَ الأَبِ وَإِنْ كَانَتِ المُؤْنَةُ عَلَى الأَبِ لَكِنْ بِشَرْطِ أَنْ تَكُونَ الأُمُّ مُسْلِمَةً (ح) إِذَا كَانَ الوَلَدُ مُسْلِماً، وَعَاقِلَةً وَحُرَّةً إِذْ لاَ فَرَاغَ لِلرَّقِيقَةِ وَلاَ وِلاَيَةَ لَهَا وَإِنْ أَذِنَ السَّيِّدُ، وَأَمِينَةً إِذْ لاَ يُوثَقُ بِالفَاسِقَةِ، وَفَارِغَةً فَإِذَا نَكَحَتْ بَطَلَ حَقُّهَا إِلاَّ إِذَا نَكَحَتْ عَمَّ الطِّفْلِ أَوْ مَحَارِمَهُ، وَلاَ يُؤَثِّرُ رِضَا الزَّوْجِ، وَيَرْجِعُ حَقُّهَا إِنْ طُلِّقَتْ (م) وَإِنْ كَانَتْ رَجْعِيَّةً لِأَنَّهَا فَارِغَةٌ، وَفِيهِ قَوْلٌ إِنْ كَانَتْ فِي مَسْكَنِ الزَّوْجِ فَلِلزَّوْجِ أَنْ لاَ يَرْضَىٰ بِدُخُولِ الطِّفْلِ دَارَهُ، وَمَهْمَا امْتَنَعَ الأَوَّلُ أَوْ غَابَ انْتَقَلَ حَقُّ الحَضَانَةِ إِلَى البَعِيدِ (و) لاَ إِلَى السُّلْطَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الحضانة القِيَامُ بحفظ من لا يميِّز، ولا يَسْتَقِلُّ بأمره، وتربيتُه بما يُصْلِحه، ووقايته عما يهلكه، فهي نوع ولايةٍ وسلطنةٍ، لكنها بالإناث أليقُ؛ لأنهن أشفقُ وأهْدَىٰ إلى التربية، وأصبر على القيام بهَا، وأشدُّ ملازمةً للأطفال، وقد رُوِيَ عن عَبْدِ اللَّهِ بْن عُمَرَ ـ رضي الله عنهما ـ: أَنَّ امْرَأَةً قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ وِعَاءً، وَثَدْيِيْ لَهُ سِقَاءً، وَحِجْرِي لَهُ حِوَاءً، وَإِنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي، وَأَرَادَ أَنْ يَنْزِعَهُ مِنِّي،

---

(١) ويؤيده ظاهر النص في الأم حيث قال في باب من يجوز كتابته من المماليك وإذا كاتب العبد بالغاً صحيحاً ثم غلب العبد على غفلة لم يكن للسيد أن يعجزه حتى يحل نجم من نجومه، فإذا حل لم يكن له تعجيزه لأنه لا يعرف عن نفسه بحال حتى يأتي الحاكم ولا ينبغي للحاكم أن يعجزه حتى يسأل عن ماله، فإن وجد له مال يؤدي إلى سيده منه الكفاية أداها وأنفق عليه من فضله.

(٢) قال النووي: الأصح نفقة كاملة، لأنه الحر كما في الكفارة. والله أعلم.
تشبيهه بالحر يفهم أنه ينفق على الزوجة نفقة الموسر وهو خلاف المرجح أنه في الكفارات ليس كالحر مطلقاً بل إلا في الإعتاق، وكان ينبغي أن يقول وكالزكاة فإنه إذا ملك ببعضه الحر نصاباً زكاة في الأصح، والجامع بين الكل أنها غرامة تتعلق بالمال فكان فيه كالحر.

(٣) قال النووي الراجح الوجوب، ويمكن بناؤهما على أنه هل يورث؟ والأظهر أنه يورث كالأحرار.

فَقَال النَبيُّ ﷺ: «أَنْتِ أَحَقُّ به مَا لَمْ تَنْكِحِي»[١] ومؤنة الحضانة على الأبِ؛ لأنها من أسباب الكفاية كالنفقة، وفي «أمالي أبي الفرج» ـ رحمه الله ـ وجْهٌ: أنه ليس للأمِّ طلَبُ الأجرة بعْد الفطام[٢]، وأما أجْرَةُ مدة الرضاع، فقد سبق الكلامُ فيها، وفي الباب فصلان:

أحدهما: في صفات مَنْ تَحْضُنُ ويُحْضَن، والحضانة لا تختصُّ بالإناث، لكنَّهن الأصْلُ فيه؛ ولذلك أتت في ترجمة الفَصْل، فقال: «في صفات الحاضنة».

والثاني: في بيان المستحقِّين للحضَانَةِ وتربيتهم:

أما الفَصْلُ الأوَّل: فقوله في الكتاب: «فالأم أَوْلَىٰ من الأبِ» معادٌ مِنْ بَعْدُ، وليس الغرض الآن الكلام في الترتيب، لكنِ الأمُّ أَوْلَىٰ الأقارب بالحضانة، فَتَكلَّم في الصفات المعتبرة فيها، ويقاس بما يعتبر فيها ما يعتبر في غيرها، واعلم أن أبوَيِ الطفل، إن كانا مجتمعَيْنِ على النكاح، فيكون الطفل معهما، يقومان بكفايته الأبُ بالإنفاق، والأمُّ بالحَضَانَةِ والتَّرْبية، وإنْ وَقَع بينهما فراقٌ بفسخ أو طلاق، فالحضانةُ للأمِّ، إن رغبتْ فيها كما نطق به الخَبَر، لكنَّ استحقاقها بشروط:

أحدها: أن تكون مُسْلِمَةً، إذا كان الولَدُ مُسْلِماً، فالكافرةُ لا حَضَانَةَ لها على الولَدِ المُسْلم، بإسلام أبيه، لأنه لا حظ له في تربية الكافرة؛ لأنها تفتنه، وهو ينشأ على ما يألفه منها؛ ولأنه لا ولاية للكافر على المسلم، وعن أبي سعِيدٍ الإصطخريِّ: أنه يثبت للكافرة حقُّ الحضانة، احتجاجاً بما رُوِيَ أن النبيَّ ﷺ «خَيَّرَ غُلاَماً بَيْنَ أَبِيهِ المُسْلِم وَأُمِّهِ المُشْرِكَةِ، فَمَالَ إِلَىٰ الأُمِّ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: اللَّهُمَّ، اْهدِهِ، فمال إلى الأب»[٣]، وعن

(١) رواه أحمد (٢/ ١٨٢) وأبو داود [٢٢٧٦] والبيهقي (٨/ ٤) والحاكم (٢/ ٢٠٧) من حديث عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده.

(٢) وظاهره أن الأم في دوام الزوجية تقدم على الأب في الحضانة وإن طلبت أجرتها. وقال الشيخ برهان الدين في تعليقه أنه يجري فيه خلاف كما في مسألة امتناعها من الإرضاع وكما في مسألة طلب أجرة المثل للرضاع مع وجود تبرعه. انتهى.
وذكر الإمام المسألة فقال: لو طلبت الأم الحضانة والأجرة فهي بمثابة طلبها الأجرة للرضاع، ولكن لو كان يتأتى من الوالد أن يتولى الحضانة بنفسه ولا حاجة إلى الإرضاع فيمكنه من تولي الحضانة هل ينزل منزلة وجدان متبرعة بالإرضاع والأم بطلب الأجرة عليه. فيه تردد بين الأصحاب يجوز أن يقال إنما يجري القولين في تقديمها مع طلب الأجرة في الإرضاع.

(٣) أخرجه أحمد [٥/ ٤٤٦] والنسائي [٦/ ١٨٥] وأبو داود [٢٢٤٤] وابن ماجه والحاكم [٢/ ٢٠٦] والدارقطني [٤/ ٤٣] من حديث رافع بن سنان، قال الحافظ في التلخيص: وفي سنده اختلاف كثير وألفاظ مختلفة، ورجح ابن القطان رواية عبد الحميد بن جعفر، وقال ابن المنذر: لا يثبته أهل النقل قال الحافظ في التلخيص وفي إسناده مقال.

بعض الأصحاب فيما حُكَىٰ عن القاضي الرويانيّ: أن الأم الذمِّيَّةَ أحقُّ بالحضانة من الأب المسلم، إلى أن يبلغ المولودُ سَبْع سنين، ثم الأبُ بعد ذلك أوْلَىٰ قال الأصحاب: والمذهبُ الأولُ، والخَبَرُ منسوخٌ، أو محمُولٌ على أنه ﷺ عَرَفَ أنه يُستجابُ دعاؤُهُ، وأنه يختار الأب المسلم، وقصد بالتخيير استمالة قلْبِ الأم، وعلى المذهَبَيْنِ تكون الحضانة لأقاربه المسلمين على ما يقتضيه الترتيب، فإن لم يوجد حد، فحضانته على المسلمين، والمؤنةُ في ماله، فإن لم يكن له مالٌ، فعلَىٰ أمه، إن كانت موسرةً، وإلا، فهو من معاويج المسلمين، ووَلَدُ الذِّمِّيِّينَ في الحضانة كولد المسلمين، فالأم أحق بها، ولو وصف صبيٌّ منهم الإسْلاَمَ، نُزِعَ من أهل الذمة، ولم يمكنوا من كفالته[(١)] صحَّحْنا إسلامه أو لم نُصَحِّحه احتياطاً للإسلام، والطفل الكافر هل يثبت لقريبه المسلم حقُّ حضانته؟ قال في «التتمة»: الصحيحُ[(٢)] مِنَ المذهب ثبوتُهُ، وفيه نَظَرٌ له، فقد تصير تربيةِ المسلِمِ سَبَباً لإسلامه، وفيه وجْهٌ آخَرُ بناءً علَىٰ أن القريب الذي لَيسَ بوارث لا حضانة له.

قال: ويجري هذا الخلاف فيما إذا جُنَّ الذميُّ، وله قريبٌ مسلمٌ، هل يثبت له حقُّ الحضانة؟

والثاني: أن تكون عاقلةً، فالمجنونة لا حضانَةَ لها؛ لأن المجنون لا يتأتى منه الحفْظُ والتعهُّدُ، بل هو في نفسه محتاجٌ إلَىٰ مَنْ يحضنه، ولا فَرْقَ بين أن يكون الجنونُ مطبقاً أو منقطعاً، إلا إذا كان لا يقع إلا نادراً، ولا تطول مدته، كيوم في سنين مثلاً، فلا يبطل الحقُّ، بل هو كمرض يطرأ[(٣)] ويزول، والمرضُ الذي لا يرجَىٰ زواله، كالسل والفالج، إن كان بحيث يُؤلمه ويشغله الألم عن كفالته وقد بين أمْرِهِ، يسقط حقُّ الحضانة، وإن كانَ تأثِيرُه في تعسر الحركة والتصرُّف، فكذلك في حقِّ مَنْ يباشر الكفالة بنفسه دُونَ مَنْ يدبِّر الأمور ويباشرها غيره[(٤)].

---

(١) قضيته وجوب الانتزاع وصحح النووي في باب اللقيط عدم وجوب الانتزاع وقال في الخادم: إن المذكور هنا هو الصواب واختاره الأذرعي وقال إنه ظاهر النص.

(٢) قال الشيخ البلقيني: قد يستشكل هذا بأنه لا يثبت للمسلم ولاية النكاح على قريبته الكافرة، ولعل الجواب أن القصد بالولي في النكاح طلب الكفوء وعدم دخول العار وكفرها قاطع لذلك، وها هنا المقصود به الشفعة على الصغيرة وفيه نظر.

(٣) تعبيره بسنين بصيغة الجمع يقتضي تأثير وقوعه في سنة أو سنتين لكن عبارة الشرح الصغير كيوم في سنة، وبين العبارتين تفاوت.

(٤) قال في الخادم: وهو صريح في أن للمرأة أن تستنيب عنها من يقوم بأمر ولدها، ومن ذلك استنبط القاضي شرف الدين البارزي أن للعمياء الحضانة. قال: لأن الشرط أن يكون الحاضن قائماً بمصالح المحضون إما بنفسه أو بمن يستعين به سواء كان أعمى أو بصيراً. وقال ابن الرفعة=

والثالث: أن تكون حرَّةً، فلا حضانة للرقيقة؛ لأن منفعتها للسَّيِّد، وهي مشغولة به، غير مُتَفرِّغَة للحَضَانة، ولأنها نوع ولاية واحتكامٍ بالحفظ والتربية، والرقيق لا ولاية له، وإن أذن السَّيِّد.

ثم يُنْظَرُ؛ إن كان الولَدُ حُرّاً فحضانته لِمَنْ له الحضانة بعْد الأم مِنَ الأب وغيره، وإن كان رقيقاً، فحضانته على السيِّد، وهل له نزعه مَن الأب وتسليمه إلى غيره؟ فيه وجهان بنَاءً علَىٰ القولَيْنِ في جواز التفريق، ولو كانت الأمُّ حُرَّةً، والولدُ رقيقاً، كما لو سُبِيَ، الولد ثم أسْلَمَتِ الأمّ أو قبلت: الذمة، فكذلك حضانته للسيد وفي الانتزاع منْها الخلافُ، والمدبرة والمُكَاتَبَة والمُعْتَقُ بعْضُها لا حَضَانَةَ لَهُنَّ كالقنة.

نعَمْ، وَلَدُ المكاتَبة، إذا قلنا: هو إنها تستعين به في الكتابة، فَيُسلَّم إليها؛ [لا] لأن لها ولايَةَ الحضانة، [لكن الحقَّ لها][(١)] ولَد أُمِّ الوَلَدِ منَ الزَّوْج أو الزنا حُكْمه حكم الأم يُعْتَق بموت السيِّد، وحضانته للسيِّد مدةَ حياته، وهل لها حق الحضانة في وَلَدِها من السَّيِّد؟ فيه وجهان:

الصحيح المشهور، وهُوَ الذي أورده الشيخ أبو عليٍّ ـ رحمه الله ـ: المنع؛ لنقصانها بالرِّق، وعن الشيخ أبي حامِد: أن لها الحضانةَ إلى سَبْع سنين، ثم السيد أوْلَىٰ بالولد بعْد السبع، قال القاضي الرويانيُّ: والمصلحة الفَتْوَىٰ بما ذكره، وإن كان الصحيحُ الأوَّلَ، ولا حضانة لِمَنْ بعضها رقيقٌ أيضاً؛ لنقصانها، ولو كان نصْفُ الولد حرّاً، ونصفه رقيقاً، فنصف حضانته للسيد، ونصْفُها لمَنْ يلي حضانته من أقاربه الأحْرَارِ، فإن اتفقا على المهايأة، أو على استئجار من تحضنه، أو رضي أحدهما بالآخر، فذاك، وإن تمانَعَا، لم يضيع واستأجر الحاكم من تحضنه، وأوجب المؤنة على السيد وعلى من تقتضي الحال الإيجاب عليه.

والرابع: أن تكون أمينة، فلا حضانة[(٢)] للفاسقة، لأن الفاسق لا يلي، ولأنها لا يُؤْمَنُ أن تخون في حفظه، ولأنه لا حَظَّ له في حضانتها؛ لأنه ينشأ على طريقتها.

= في الكفاية: إن حفظ الأم للولد الذي لا يستقل ليس مما يقبل العثرات، فإن المولود في حركاته وسكناته لو لم يكن ملحوظاً من مراقب لا يسهو ولا يغفل لأوشك أن يهلك، ومقتضى هذا أن العماء يمنع فإن الملاحظة معه كما وصف لا يتأتى. وقد يقال في ما قيل في الفالج إذا كان لا يلهي عن الحضانة بل يمنع الحركة. انتهى. وهو مصرح بجواز الاستنابة.

(١) سقط من: ز.

(٢) قال الشيخ البلقيني: لو ادعى أحد الأبوين فسق صاحبه لينفرد بالكفاية إما بعد التخيير أو ادعاه الأب قبله ليأخذ الولد ففي الحاوي للماوردي في الحالة الأولى أنه لا يقبل قول مدعي ذلك ولا إحلاف غريمه، وهذا جار في الثانية، وفي فتاوى المصنف أن القول قول الأب، وعليها بيان أهليتها.

والخامس: أن تكون فارغةً خليَّةً، فلو نكحت أجنبياً، سقط حقُّها من الحضانة؛ لما سبق من الخبر، ورُوِيَ أنه ﷺ قال: «الأم أَحَقُّ بِوَلَدِهَا مَا لَمْ تَتَزَوَّجْ» ولأن النكاح يشغَلُها، بحَقِّ الزوج، ويمنعها من الكفالة، ولا أثر لرضا الزوج، كما لا أثر لرضا السيد، [بحضانة الأمة] وقد يرجعان، فيشوش أحد المولود، ولو نكَحَتْ عمَّ الطفل، ففيه وجهان:

أشهرهما: أنه لا يَبْطُل حقُّها؛ لأن العمَّ أيضاً صاحبُ حقٍّ في الحضانة، وشفقته تحمله على رعاية الطِّفْل، فيتعاونان على كفالته، بخلاَف الأجنبيِّ، وهذا هو المذكور في الكتاب وفي «التتمة» وبه قال القَفَّال، ويقال: إن صاحب «التلخيص» خَرَّجَه من قول الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ فيما إذا نَكَحت الجدَّةُ جدَّ الطفل: أنه لا يَبْطُل حقُّها من الحضانة[1]، وكذا لو كانت [في نكاحه، يثبت لها حقُّ الحضانة، بخلاف ما لو كانت][2] في نكاح أجنبيٍّ.

والثاني: أنه يَبْطُل حقُّهما؛ لإطلاق الخبر، وليس العمُّ كالجَدِّ؛ لأن الجد ولي تام الشفقة، قائمٌ مقامَ الأبُ بخلاف العَمِّ.

وقوله في الكتاب: «عم الطفل أو محارمه» من محارمه عمُّ أبيه، وابْنُ أخيه، وابن أخته لكنْ لفظ «المحارم» إنَّمَا كان يحسن أن لو كان المحارمُ هم الملحقين بالعم، وليس كذلك، بل الخلافُ في الأمِّ والعمِّ مُطَّرِدٌ في نكاح الَّتِي لها الحضانة قريباً للطِّفْل له حَقٌّ في الحضانة، كما أنه إذا نَكَحَتْ أمه ابن عم الطفل، أو خالته، إذا صارت الحضانة لها أو عم الطفل أو عمته إذا صارت الحضانة لها خالة، هكذا ذكره الشيخ أبو علي وغيره، ثم إنَّما يبقى الحقُّ، إذا نكحت الجَدَّةُ جدَّ الطفل أو الأم عمه على أصح الوجهَيْن، إذا رضي الذي نكحته بحضانتها، فإن أبى، فله المنع، وعليها الامتناع ثم إذا اجتمعت هذه الشروطُ، فإنما تَثْبُت لها الحضانَةُ، إذا كان الأبوان مقيمَيْن في بلدٍ واحدٍ، فأما إذا سافر أحدهما، فسيأتي حكمه من بعد، وهل يُشْتَرَط؛ لاستحقاقها الحضانة، أن تُرْضِع الوَلَدَ إنْ كان رضيعاً؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، ولها الحضانَةُ، وإن لم يكُنْ لها لَبَنٌ أو امتنعت من الإرضاع، وعلى الأب أن يستأجر مرضعةً تُرْضِعه عند الأم.

والثاني: نعم؛ لعسر استئجار مرضعة تخلي بيتها وتنتقل إلى مَسْكَن الأمِّ؛ وعلَىٰ

---

(١) المراد بجد الطفل جده لأبيه لا جده هذا هو الصحيح، وجرى عليه الشيخ ابن الرفعة.

(٢) سقط من: ز.

هذا، فلا تُمنَعُ الأم من زيارته[١]، والأولُ أصحُ عند صاحب «التهذيب» وأجاب الأكثرون بالثَّاني، ونَسَبُوا الأوَّلَ إلى مذهَب أبي حنيفة، [ثم] في الفصل مسألتان، نذكرهما مع ما يناسبهما: إحداهما: لو أسلمت الكافرةُ أو أفاقتِ المجنونةُ أو عَتَقَتِ الأمة أو حَسُن حال الفاسِقَةِ، تثبت لها الحضانة؛ لارتفاع المانع، ولو طُلِّقت التي سَقَطَ حقُّها بالنكاح، عاد حقُّها خلافاً لمالك.

لنا القياس على الصورة المذكورة، ولا فرْقَ بين أن يكون الطَّلاق بائناً أو رجعيّاً؛ لحصُول الفراغ في الحالَتَيْنِ، هذا هو الظاهر المنصوص.

وقال أبو حنيفة والمزنيُّ لا يعودُ حقُّها بالطلاق الرجعيِّ، حتى تنقضي العدة، وعن ابن سُرَيْج: تخريج قول مثله لمضاهاة الرجعية المَنْكُوحة في الأحْكَام، واحتج له الشيخ أبو عليٍّ؛ بأن الرجعيَّة تستحق النفقة علَيْه، ولو كان لها أن تحصن ولدها منْ غَيْرِه وتُرْضِعَه، لسقطت نفقتها، كما قال الشافعيُّ - رضي الله عنه -: في امرأة المفقود، إذا اعتدت بأمْرِ الحاكم، ونكَحَتْ ثم عاد الزوْج الأول، وقد ولدت من الثاني: أنه لا نفقةَ علَيْه في إرْضَاعِها وَلَدَ غيرِهِ، وعلى الأول: فإنما يعود حقُّها في [الحضانة] إذا كانت تعتد في بيْتِ الزوج، إذا رضي أن يَدْخُلَ الولد بيته، فإن لم يَرْضَ، لم يَكُنْ لها أن تُدْخِلَه بيته، وكذا في البائنة، وإذا رَضِيَ، لم يكن رضاه كالرِّضَا في صُلْب النكاح؛ لأن المنع هناك؛ لاستحقاقه الاستمتاع، واستهلاك منافعها فيه، والمنع ها هنا يَرْجِع إلى المسْكَن، فإذا أذن كان كالمعير.

والثانية: إذا امتنعت الأمُّ من الحضانة، أو غابت، فهَلْ ينتقل حقُّ الحضانة إلى الجَدَّة؟ فيه وجهان:

---

(١) قال الأذرعي: أصل الخلاف قول التهذيب فلو جف لبن المرأة أو امتنعت من الإرضاع لا يبطل حقها من الحضانة، وعلى الأب أن يستأجر امرأة ترضعه عند الأم. وقيل: إذا امتنعت من الإرضاع بطل حقها من الحضانة، والأول أصح.
وقال في الكافي: إنه المذهب فخصصا نزع الولد بما إذا امتنعت مع وجود اللبن كما اقتضاه كلام المحرر. وقضية ذلك أنه لو لم يكن لها لبن أو كانت ذات لبن وأبت إرضاعه أنه يسقط حقها على الصحيح، وبه صرح ابن الرفعة تبعاً لهما فعد من الموانع فقد الرضاع منها إما بامتناعها أو بعدم اللبن منها، وقد تتبعت المسألة في كتب الطريقين على كثرتها فلم أرها إلا في التهذيب والكافي على النمط الذي ذكرته عنهما وكلام الطريقين يقتضي الجزم بعدم اشتراط كونها ذات لبن إلى آخر ما ذكره. وقال الشيخ البلقيني: ما ذكره تبعاً لأصله من وجه الاشتراط لا يعتقد أنه محمول على الصورتين المذكورتين في عدم الاشتراط بل المراد على الأصح إذا كانت ذات لبن كما صرح به في المحرر وحاصله أنه إن لم يكن لها لبن فلا خلاف في استحقاقها وإن كان لها لبن وامتنعت فالأول يفي استحقاقها والأصح لا. انتهى.
وبالغ الزركشي في الرد على الرافعي بعبارة خشنة، قاله البكري في حاشيته على الروضة.

أصحُهما: نعم، كما لو ماتت أو جُنَّت.

والثاني: وبه قال ابن الحدَّاد: لا، لأن أصليتها باقية، وإنما تركت حقها، بخلاف ما إذا ماتت أو جُنَّتْ، فصار كولاية التَّزويج، إذا مات الأقرب أو جُنَّ، يُزَوِّج الأبعد، وإذا غاب أو عضل ينوب عنه السلطان، [ولا يزوج الأبعد، وذكروا على هذا: أن الحضانة تَكُونُ للأب ونزلوه منزلة السلطان،](١) وهو بعيد، وحق التشبيه بولاية النكاح أن تكُونَ الحضانة للسُّلْطان؛ ولذلك حكاه في «التتمة» عن ابن الحدَّاد.

والصحيح: [أنه] مهما امتنع الأقرب عن الحضانة، تكون الحضانة لِمَنْ يليه، لا للسلطان؛ لأنَّ الحضانة لحظ الطفل، فتفويضها إلى القريب الذي هو أشفق وأشدُّ اهتماماً به وأكْرَمُ إِعَالَةً أَوْلَىٰ، بخلاف ولاية النكاح؛ لأن الغائب يمكنه التَّزوِيج في الغيبة، فإذا لم يفعل، ناب عنه السُّلْطَان، ولا يمْكنه الحضانة في الغَيْبَة، فصار كما إذا نَكَحَت مستحقة الحضانة لم يمكنها القيامُ بها، سَقَط حقُّها، وانتقل إلى مَنْ بعدها، والله أعلمُ.

وليُعْلَمُ قوله في الكتاب: «أن تَكُونَ الأُمُّ مُسْلِمَةً» بالواو وبالحاء؛ لأن عن أبي هريرة وغيره من الأصحاب أنَّ عند أبي حنيفة [لا] يبْطُل حق الحضانة بالكفر، وأعلم بالواو قوله: «إلا إذا نَكَحَتْ عمَّ الطفل أو مَحَارِمَه» واحتج في «التتمة» لبقاء حق الحضانة، إذا نكحت مستحقة الحضانة مَنْ له حقٌّ [في] الحضانة، أو إذا كانت في نكاح مثله؛ لِمَا رُوِيَ أن علياً وجعفراً وزَيْدَ بْنَ حارِثَة - رضي الله عنهم - تنازعوا في حضانة بنت حمزة - رضي الله عنه - بعْدما استشهد، فقال عليٌّ - كرم الله وجهه -: بِنْتُ عَمِّي وعندي بنت رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وقال زَيْدٌ - رضي الله عنه -: بِنْتُ أَخِي، وكان رسول الله ﷺ قَدْ آخى بيْن زَيْدٍ وحمزةَ، وقال جعفرٌ - رضي الله عنه -: الحضانة لي في بِنْتُ عَمِّي وعنْدي خالتها(٢)، فقال رسول الله ﷺ الخَالَةُ أُمٌّ وَسَلَّمَهَا إلى جَعْفَرٍ وجعل لها الحضانة، وهي ذات زوج(٣).

وقوله: «وإن كانت رجعية» مُعْلَم بالحاء والزاي.

---

(١) سقط من: أ.

(٢) قال الحافظ في التلخيص الخالة المذكورة هي أسماء بنت عميس، وفي الباب عن ابن مسعود مرفوعاً: الخالة والدة، أخرجه الطبراني، وعن أبي هريرة مرفوعاً مثله أخرجه العقيلي، وعن الزهري قال: بلغنا أن رسول الله ﷺ قال: العم أب إذا لم يكن دونه أب، والخالة والدة إذا لم يكن دونها أم، أخرجه ابن المبارك في البر والصلة.

(٣) أخرجه البخاري [٣٧٠٤ - ٣٦٢٩ - ٣٧٤ - ٧١٠٩] في صحيحه من حديث البراء بغير لفظه، ورواه أبو داود [٢٢٧٨ - ٢٢٧٩] والحاكم والبيهقي من حديث علي بلفظ: إنما الخالة أم.

وقوله: «إلى البعيد لا إلى السلطان» بالواو.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (أَمَّا صِفَةُ المَحْضُونِ) فَهِيَ أَنْ لاَ يَسْتَقِلَّ كَالصَّغِيرِ وَالْمَجْنُونِ وَالمَعْتُوهِ، وَالبِكْرُ البَالِغَةُ عَلَيْهَا وِلاَيَةُ الإِسْكَانِ لِلأَبِ وَالجَدِّ، وَالثَّيِّبُ فَلاَ، إِلاَّ عِنْدَ تُهْمَةٍ فَيَثْبُتُ حَقُّ الإِسْكَانِ لِأَوْلِيَائِهَا أَعْنِي العَصَبَاتِ، ثُمَّ الأُمُّ أَوْلَىٰ بِالصَّغِيرِ، أَمَّا إِذَا بَلَغَ سِنَّ التَّمْيِيزِ خُيِّرَ بَيْنَهُمَا (ح م)، فَإِنِ اخْتَارَ أَحَدَهُمَا سُلِّمَ إِلَيْهِ، فَإِنْ رَجَعَ اسْتُرِدَّ، وَيَسْتَوِي (ح) فِيهِ الغُلاَمُ وَالجَارِيَةُ، وَهَلْ يَجْرِي التَّخْيِيرُ بَيْنَ الأُمِّ وَمَنْ عَلَى حَاشِيَةِ النَّسَبِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَيَجْرِي هَذَا الخِلاَفُ فِي التَّخْيِيرِ بَيْنَ الأَبِ وَالأُخْتِ وَالخَالَةِ، وَإِذَا اخْتَارَ الأَبَ لَمْ يَمْنَعِ الأُمَّ مِنَ الزِّيَارَةِ، وَإِذَا اخْتَارَ الأُمَّ فَعَلَىٰ الأَبِ مُرَاعَاتُهُ بِالتَّسْلِيمِ إِلَى المَكْتَبِ وَالحِرْفَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه مسألتان:

إحداهما: المحضُون مَنْ لا يستقلُّ بمراعاة نفسه، ولا يهتدي إلى مصالِحِهِ، إما الصِغَرِ أو جنونٍ أو خَبَلِ قلَّةِ تمييز أو فَقْده، ومهما بلغ الغلام رشيداً وَلِيَ أَمْرَ نفسه، واستغنى عمن تحضُنُه، ولا يُجْبَر على أن يكون عند الأبوين أو أحدهما، إن افترقا، ولكن الأَوْلَىٰ أن لا يفارقهما ليخدمهما، ويصل إليهما بِرُّهُ، وإن بلغ عاقلاً غيْرَ رشيدٍ، فقد أطْلَقَ مُطْلِقُون: أنه كالصبيِّ لا يفارقُ الأبوين وتُدَام حضانته، وقال القاضي ابن كج: إن لم يكنْ مُصْلِحاً لماله، ولم يُحْسِن تدبير نفسه، فالحكم كذلك، وأما إذا كان اختلال الرشيد لعدم الصلاح في الدين، فالمَذْهَب: أنه يسكن حيث يشاء، ولا يُجْبَر على أن يكون عند الأبوين أو أحدهما، وعن أبي الحُسَيْن: أنَّ بعْض الأصحاب قال: تُدَام حضانته إلى ارتفاع الحَجْر عنه، وهذا التفصيل حَسَنٌ وأما الأنثى إذا بَلَغَتْ، وكانت ذاتَ زَوْجٍ، فتَكُون عند زوجها، وإلا فإنْ كانت بِكْراً فتكون عند أبَوَيْهَا أو مع أحدهما، إن افترقا، وتختار مَنْ تشاء منهما، وهل تُجْبَر على ذلك؟ فيه وجهان:

أحدهما: نَعَمْ، وليس لها الاستقلال؛ لأنها في معرض الآفَاتِ، وإذا كان للأبِ والجدِّ إجبارُهَا على النكاح، وهو أعظم حَبْساً، فَلأَنْ يجوز لهما الحَبْسُ في البيت كان أَوْلَىٰ.

والثاني: لا، ولها أن تَسْكُنَ حيث شاءت، ولكن تُكْرَه لها مفارقتهما؛ لما يخاف من الآفات، وهذا ما يوجد في كتب الأصحاب العراقيين، ورأَىٰ الإمامُ وصاحبُ الكتابِ الأَوَّلَ[1] أظْهَرَ، وكذلك ذكر القاضي ابن كج: أنَّه ظاهر المذهب.

---

(١) ليس في كلامه تصريح بترجيح، والفتوى على الإجبار، فإنه المنصوص للشافعي.

وقوله في الكتاب: «عليها ولاية الإسكان للأب والجد» يعني إسكانها عندهما وضمها إليهما، وقد أشار إلى تخصيص هذه الولاية بالأب والجد، كولاية الإجْبَار على النِّكاح، وصرَّح به في «الوسيط» و«البسيط» لكن في «التهذيب»: أن للأب أن يَضُمَّها إلى نَفْسِه إلى أن تُزَوَّج، وتُزَفَّ، وكذا الجَدُّ عند عدمه، وفي الأخ والعم وجْهان[١]، وإن كانت ثيِّباً، فالأَوْلَىٰ أن تكون عند الأبوين أو أحدهما، ولا تجبر عليه باتفاق الأصحاب ـ رحمهم الله ـ؛ لأنها صاحبة اختيار، وممارسة وبعيدة عن الخديعة، وهذا إذا لم تكن تهمة، ولم تُزَنَّ بريبةٍ فإن كان هناك شيْءٌ من ذلك، فَلِلأَبِ والجَدِّ ومَنْ يَلِي مِنَ العَصَبَات تزويجُها منعها من الانفراد، ثم المَحْرَم منهم يضمها إلى نفسه، إن رأىٰ ذلك، وغير المَحْرَم يُسْكِنُها موضعاً يليق بها، ويلاحظها صيانةً لها، ودفعاً للعار عن النَّسَب، وهذا كما أنَّهم يعترضون على النكاح، إذا فقدت الكفاءة، وعبر في الكتاب عن هذه الجملة بقوله: «فيثبت حقُّ الإسكان لأوليائها يعني، العصبات» وقَدْ يُفْهَم [من] هذا تخصيصُ هذه الولايةِ بالعَصَبَاتِ الذين [يعترضون] على النكاح؛ لفوات الكفاءة، ولكن ذكر في «التهذيب»: أن في مَوْضِع التهمة يَضُمُّها إلى نفسه أحدُ الأبوين، وأي الأولياء كانَ مِنْ جَدٍّ أو أخٍ أو عَمٍّ، فأثبت ذلك للأم، كما أثبته للعَصَبَاتِ، ولو فُرِضَتِ التهمة في حقِّ البكر، فهِي أَوْلَىٰ بالاحتياط، فتمنع مِن الانفراد بلا خلافٍ، وحكي في «العُدَّة» عن الأصحاب: أنهم ذَكَروا في الأمرد إذا خِيفَ من انفراده فتنةٌ، وانقدحت تهمة: أنه يُمْنَعُ من مفارقة الأبوين[٢].

إذا ادَّعَىٰ الوليُّ ريبةً، وأنكرتْ هي، فقد ذكروا احتمالَيْن:

أحدهما: لا يقبل لأن الحكم على العَاقِلَة الحرة؛ لمجرد الدعْوَىٰ بعيدٌ.

والثاني: وهو الأقرب: أنه يُؤْخَذُ بقوله، ويحتاط بلا بينة، فإنَّ إسكانها في موضع البراءة أهون من الافتضاح، ولو أقام بينةً.

الثانية: إنما يحكم بأن الأم أَوْلَىٰ بالحضانة من الأب في حَقِّ من لا تمييز له أصلاً، وهو الصغيرُ في مبدأ الأمر، والمَجْنُونُ، فأما إذا حصل للصغير التمييزُ، فيُخَيَّر بَيْن الأبوين عند افتراقهما، ويكون عند من اختار منهما؛ لما رُوِيَ عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ أن النبيَّ ﷺ خَيَّرَ غُلاَماً بَيْنَ أَبِيهِ وَأُمِّهِ وَعَنْهُ ـ رضي الله عنه ـ أنه ٱخْتَصَمَ رَجُلٌ وَٱمْرَأَةٌ فِي وَلَدِ[هِ] مِنْهُمَا إِلَىٰ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فقالت المرأَةُ: يا رسول الله، إنَّ ابْنِي

---

(١) قال النووي: أرجحهما ثبوتها.

(٢) قال النووي: الجد كالأبوين في حق الأمرد، وكذا ينبغي أن يكون الأخ والعم ونحوهما لاشتراك الجميع في المعنى.

هَذَا قَدْ نفعني، وسقاني من بئر أبي عنبة وإن أباه يُرِيدُ أن يأخُذَه منّي، فقال الأب: أأحد يُحَاقُّني في ابني؟ فقال رَسُولُ الله ﷺ: يَا غُلَامُ، هَذِهِ أُمُّكَ، وَهَذَا أَبُوكَ، فَاتَّبِعْ أَيُّهُمَا شِئْتَ، فَاتَّبَعَ أُمَّهُ[(١)].

وقولها: «نفعني وسقاني» أي بلغ حداً أنتفع به؛ بحَمْل ماءٍ أو متاع، ورُوِيَ أنَّ رَجُلاً وامرأةً أَتَيَا أبا هُرَيْرَةَ ـ رضي الله عنه يختصمان في ابْنٍ لهما فقالَ أبو هريرة: لَأَقْضِيَنَّ بَيْنَكُمَا بِمَا شَهِدتُ رَسُولَ ﷺ يَقْضِي بِهِ؛ يَا غُلَامُ، هَذَا أبوك وَهَذِهِ أُمُّكَ، فَاخْتَرْ أَيُّهُمَا شِئْتَ[(٢)].

وعن عمرو ـ رضي الله عنه ـ أنه خيَّر غلاماً بيْن أبوَيْهِ[(٣)]، ويستوي في التخيير الغلامُ والجاريةُ، كما يستويان في الانتساب، وقال أبو حنيفة ومالكٌ ـ رضي الله عنهما ـ: لا يُخيَّر، ثم عند أبي حنيفة: يكون الغلام مع الأمّ حتى يستقلَّ؛ بأن يأكل ويلبس ويستنجي بنفسه، ثم يُسَلَّم إلى الأب، والجارية تَكُونُ مَعَها حتَّى تُزوَّج، أو تحيض، وعند مالكٍ ـ رحمه الله ـ: يكون الغلامُ مع الأم حتَّى يثغر ويُرْوَىٰ حَتَّى يَبْلُغَ، وتكون الجارية مَعَهَا حتى تزوج، ويَدْخُلَ بها الزَّوْجُ.

وقال أحمد: يُخَيَّر الغلام، ولا تُخَيَّر الجارية، بل الأم أحقُّ بها.

وسِنُّ التمييز في الغالب سَبْعٌ أو ثمانٍ على التقريب، قال الأصحاب ـ رحمهم الله ـ: وقد يَتقدَّم التمييزُ على سَبْعٍ، وقد يتأخَّر عن ثمان، والحُكْمُ يُدَار على نَفْس التمييز، لا على سِنِّهِ، وإنما يُخيَّر بين الأبوَيْنِ، إذا اجتمع فيهما شرائطُ الحضانة؛ بأن يكونا مسلمَيْنِ حُرَّيْنِ عاقِلَيْنِ عَدْلَيْنِ مقيمَيْنِ في وطَنٍ واحِدٍ، على ما سيأتي الكلامُ [فيه] في هذا الشرط ـ إن شاء الله ـ وأن تكون الأمُّ خَلِيَّةً عن النِّكَاح، فإن اختَلَّ في أحدِهما بعْضُ الشروط، فلا تخيير، والحضانة للآخر، فإن زال الخَلَل أنشىء التخيير، ولو وجدت الشرائط فيهما، واختصَّ أحدهما بزيادة في الدِّينِ أو المالِ أو محبة الوَلَدِ، ففيه وجهان عن «الحاوي»:

---

(١) رواه أحمد [٢/ ٢٤٦] وأبو داود [٢٢٧٧] وابن ماجة [٢٣٥١] والترمذي [١٣٥٧] من حديث هلال ابن أبي ميمونة عن أبيه عن أبي هريرة، وقال: حسن، ورواه ابن حبان في صحيحه باللفظ الثاني، ورواه هو أيضاً والنسائي [٦/ ١٥٨] بنحوه مختصراً ومطولاً، ورواه بالقصة ابن حبان أيضاً وغيره، ورواه أبو بكر بن أبي شيبة عن وكيع عن علي بن المبارك، عن يحيى بن أبي كثير عن أبي ميمونة، عن أبي هريرة قال: جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقال: استهما فيه، وصححه ابن القطان].

(٢) تقدم.

(٣) رواه الشافعي في القديم، ومن طريقه البيهقي [٨/ ٤]، قال أخبرنا ابن عيينة عن يزيد بن يزيد بن جابر عن إسماعيل بن عبد الله بن أبي المهاجر، عن عبد الرحمن بن غنم أن عمر بن الخطاب خير غلاماً بين أبيه وأمه.

أحدهما: أنه يرجح من اختص بتلك الزيادة، وأظهرهما التخيير ويجري التخيير بين الأم والجد عند عدم الأب كالتخيير بين الأبويين وهل يجري التخيير بين الأم وبين من على حاشية النسب؛ كالأخ والعم تفريعاً على ثبوت الحضانة لهم، وهو الظاهر؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، بل الأم أحق لقربها وولادتها، كما قبل التمييز.

وأظهرهما: نعم، ويَدل عليه ما رُوِيَ عن عِمَارةَ الجرمي - رضي الله عنه - قال: خَيَّرني عَلِيٌّ - كرم الله وجهَه - بَيْنَ [أمي وعمي وأنا ابن سبع سِنِينَ أو ثمان، وفي ابن العم مثْلُ هذا الخلاف، ولكن في الولد الذكر، أما الأنثى، فلا تخير، بل تكون مع الأمّ؛ لأنه ليس بمحرم، قاله في «التهذيب» ويجري الخلاف في التخْيير بيْن الأبِ وبين الأخْتِ والخالة، إذا قدَّمْناه عليهما قَبْل التمييز [على] ما سنبينه - إن شاء الله تعالى -.

وإذا اختار أحَدَ الأبوَيْنِ ثم اختار الآخَرَ، حوَّلْناه إليه، فإن عاد، واختار الأوَّل، أعدناه إلى الأَول، وذلك لأنه قد يبدو له الأمر على خلاف ما ظنه، ولأن المتبع شهوته، وقد اشتهى المقام عنْد أحدهما في وقْت، وعند الآخر في وقت آخر [كما يشتهي طعماً في وقت، ويميل عنه في وقْت آخَر]، ولأنه قد يقصد مراقبةَ الجانبَيْنِ، فإن أكثر التردُّد بحيث غلب على الظن أن سببه نقصانه وقلة تمييزه، فيُجْعَل عند الأم، كما قبل وقت التمييز، وكذا لو بلغ، وهو على نقصانه وخَبَله، ويتعلَّق بالتخيير مسألتان أخريان:

إحداهما: إذا اختار الأَبَ، وسُلِّم إليه، فإن كان ذكراً، لم يمنعه الأب من زيارة الأم، ولا يحوجها إلى الخروج لزيارته، وإنْ زارته، لم يمْنَعْها من الدخول[١] علَيْه وله منْع الأنثَىٰ من زيارة الأمِّ، والأم إذا شاءت خَرَجَت إلَيْها للزيارة، فهي أولى بالخروج من البنت؛ لسنها وتجربتها، والزيارةُ تكون في الأيام مرةً على العادة لا في كلِّ يوم، وإذا دخَلَتْ، لم تُطِلِ المكث، وإذا مرض الولدُ ذكراً كان أو أنْثَىٰ، فالأم أولَىٰ بتمريضه، لأنها أشفقُ وأهدى إلَيْه، فأشبه الحضانة في مبدأ الصِّغَر، فإن رَضِيَ بأن تُمَرِّض في بيته، فذاك، وإلا، فينتقل الولَدُ إلى بَيْتِ الأمِّ، ويجب الاحتراز عن الخَلْوة، إذا كانَتْ تُمَرِّض في بيته، وكذا إذا زارَتِ الولَدَ، فإن لم يكُنْ هناك ثالثٌ، فيخرج حتى تدخل، وإذا مات، لم تمنع من الحضور للغسل والتجهيز، إلى أن يدفن وإذا مرضت الأم، لم يَمْنع الأبُ الولدَ مِن عيادتها ذكراً كان أو أُنْثَىٰ، ولا يُمَرِّضُها.

---

(١) عدم المنع هل هو على سبيل الوجوب أو الندب؟
قال ابن الرفعة: الذي صرح به البندنيجي ودل عليه الماوردي الوجوب قال في الخادم: وبه صرح الإمام ثم نقل عن الجرجاني الاستحباب فحصل وجهان.

قال الروياني: إلا إذا أَحْسَنَتِ الأنثَىٰ التمريض.

وإذا اختار الأمَّ فإن كان الولد ذكَراً، فيأوي إليها ليلاً، ويكون نهاراً عند الأب يؤدبه ويعلّمه أمور الدين والمعاش، ويسلمه إلى المكتب والحرفة[(١)]، والأنثَىٰ تكون عند الأم ليلاً ونهاراً، والأب يَزُورُها على العادَةِ، ولا يطلب إحضارها عنده، وهكذا الحُكْم فيما إذا كان الوَلَدُ عند الأم قبل أن يبلغ سن التمييز.

وقوله في الكتاب: «فعلى الأب مراعاته بالتسليم إلى المكتب والحرفة» إشارة إلى أنه ليس للأب إهمالُهُ باختياره للأم بل عليه القيام بتأديبه وتعليمه، إما بنفسه أو بتحمل مؤناته، وكذا المجنون الذي لا يستقل الأمُّ بضبطه يجب على الأب رعايتُهُ، وإنما تُقدَّم الأم فيما يتأتى منها ويكون من شأنها[(٢)].

والثانية: لو خيَّرناه فاختارهما جميعاً، أُقْرِعَ بينهما، وإن لم يختر واحداً منهما، ففيه وجهان، حكاهما القاضي الرُّويانيّ ـ رحمه الله.

أحدهما: أنه يُقْرَع بينهما؛ لأنه لا بد من كفالته إلى البلوغ، وهذا ما أورده في «التهذيب».

وأشبههما: أن الأم أحقُّ بحضانته؛ لأنه لم يختر غيرها، وكانت الحضانة لهما، فيستصحب ما كان، وهذا ما أورده في «البسيط»، وذكر الرُّويانيُّ أيضاً أنَّه لو أسْلَمَ أحد الأبوين في وقْت التخيير، كفالته للآخر، كان الآخر أحقَّ به، ولا اعتراضَ للولَدِ، فإن عاد، وطَلَب الكفالة عُدْنا إلى التخْيير، [وأنه] لو تدافَعَ الأبوان كفالته وامْتَنَعَا منها فإن كان بعْدهما مَنْ يستحقُّ الحضانة كالجَدِّ والجَدَّة، فيُخَيَّر بينهما، وإلا، فوجهان:

أحدهما: أنه يُخَيَّر الولد، ويُجْبَرُ مَنِ اختاره على كفالته نَظَراً له.

والثاني: يُجْبَر عليها مَنْ تلزمه نفقته[(٣)].

---

(١) أي بحسب الحال على ما يليق بالولد، ولهذا قال الماوردي ويكون في النهار مع أبيه إن كان من أهل الصناعة أو في الكتاب إن كان من أهل التعليم وعبارة الشافعي في المختصر والأم بالكتاب، ونازع فيها ابن داود وقال: الأفصح المكتب لأن الكتاب جمع الكاتب فيكون على حذف مضاف أي موضع فيه الكتاب. انتهى وما قاله مردود ففي الصحاح للجوهري: للكتاب والكتبة، أيضاً واحد المكاتيب. انتهى وقال المبرد: المكتب موضع التعليم.

(٢) قال النووي: تأديبه وتعليمه واجب على وليه أباً كان أو جداً أو وصياً أو قيماً، وتكون أجرة ذلك في مال الصبي، فإن لم يكن له مال، فعلى من تلزمه نفقته، وقيل: إن أجرة ما لا يلزمه تعلمه بعد البلوغ تكون في مال الولي مع يسار الولد، والأول أصح، وقد سبق بعض هذا في أول كتاب الصلاة.

(٣) قال النووي: أصحهما الثاني.

وإن [كان] على الوجْه الأوَّل، لو امتنعا من الحضانة قبل سن التخْيير، أقرع بينهما، ويُجْبَرَ مَنْ خرجت قرعته على حضانته، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَإِذَا سَافَرَ الأَبُ سَفَرَ نُقْلَةٍ سَقَطَ حَقُّ الأُمِّ فَلَهُ أَخْذُ الصَّغِيرِ مِنْهَا، إلاَّ إِذَا رَافَقَتْهُ فِي الطَّرِيقِ، وَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ فِي سَفَرِ النُّزْهَةِ، وَلاَ فِي التِّجَارَةِ وَإِنْ طَالَتِ المُدَّةُ، وَهَلْ لَهُ ذَلِكَ فِي النُّقْلَةِ إِلَىٰ مَا دُونَ مَرْحَلَتَيْنِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ما ذكرنا [في] أن الأم أوْلَىٰ من الأبِ قَبْل أن يميز الولد، وأنه يُخَيَّر بينهما بعْد تمييزه، هو فيما إذا كان الأبوان مقيمَيْن في بلَدٍ واحدٍ، فأما إذا أراد أحدُهُما أن يُسَافِر، [أو أرادا سفراً]، وكان يختلف بلَدُهُما، نُظِر؛ إن كان السفر لحاجةٍ؛ كحجٍّ [وغزوٍ] وتجارةٍ، فلا يسافر بالوَلَدِ؛ لِمَا في السفر من الخطر والضرر، بل يكون مع المقيم إلى أن يَعُود المسافر، ولا فَرْق بين أن تَطُول مدة السَّفَر أو تقصر، وعن الشيخ أبي محمَّدٍ وجْه: أن للأب أن يسافر به، إذا كان تَطُول مدَّة سَفَره[1]، وإن كان السفَرُ سَفَر نُقْلةٍ، فيُنْظَر؛ إن كان ينتقل إلى مسافة القَصْر، فللأب أن ينتزعه من الأم، ويستصحبه مع نفسه، سواءٌ كان المنتقل الأب أو الأم أو ينتقل أحدهما إلى بَلَد، والآخر إلى بلدٍ آخر، والمعنى فيه الاحتياط لنسبه؛ فإن النَّسَبَ يتحفظ بالآباء دون الأمهات وإذا طالتِ المفارقةُ بيْنه وبين الولد، لم يُؤْمَن اندراس نسبه وخفاؤه، فيتضرَّر به الوالد، وأيضاً، فإن مصْلَحَة التأديب والتعليم وسهولة الإنفاق علَيْه والقيام بمؤناته، تقتضي ذلك.

نعَم، لو رافقته الأمُّ في الطريق والمقصد، دام حقُّها، ولو عاد مِنْ سَفَر النُّقلة إلى بلدها، عاد حقها، وإن كان الطريق الذي يَسْلكه مخُوفاً، والبلد الذي يقْصِده غيْرَ مأمون؛ لغارة ونحوها، لم يكُنْ له انتزاع الوَلَدِ واستصحابُه، وساعَدَنا مالك وأحمد [على] أن للأب أنْ ينتزعَ الوَلَد وينقله، ولا فَرْق بين أن يكون قَدْ نَكَحَها في بلَدِها، أو في بلدِ الغربة، وعن أبي حنيفة: أنه إن [كان] نكَحَها في بَلَدِ الغربة، فكذلك، وإن نكحها في بَلَدِها، فالأُمُّ أحق به، ويُرْوَىٰ عنه أنه إذا كانَتِ الأمُّ تنتقلُ، والأب مقيماً، فهو أحقُّ به، إلا إذا كانَتْ تنتقل من بلدة إلى قرية، وإن كان الانتقال إلى ما دون مسافةِ القَصْر، فوجهان:

أحدهما: أنه لا يؤثر، ويكونان كالمقيمَيْنِ في محلتين من بلدة واحدة، وهذا ما اختاره الشيخ أبو حامد، والقاضي المَاوَرْدِيُّ، وهو الذي أورده في «التهذيب».

---

(١) ما أطلقه من الحكاية عن الشيخ أبي محمد في طول السير تابع فيه الغزالي لكن الصواب في حكايته عنه تقييد الطول بما إذا طال على حد يظهر أثره ولا ضرورة لمطلق الطول. هذا حكاه عنه الإمام في النهاية.

وأشبهُهما: وهو الأصح عند ابن الصبَّاغ والقاضي الرُّويانيِّ: أنه كالانتقال إلى مسافة القَصْر؛ لانقطاع مصلحة التعليم والتأديب وكأن الخلافَ مبنيٌّ على أن المرعيَّ في الانتقال إلى مسافة القصْر حفظُ النَّسبَ، [أ]و أن يتأدَّب الولَدُ ويَتعلَّم، فَمَنْ قال بالأول، فارق بين الانتقالين، فإنَّ القوافل والأخبار فيما دُونَ مسافة القَصْر تتواصل، ولا يخشى اندراسُ النَّسَب ومن قال بالثاني مسو بين الانتقالين في فوات التأديب، ولو اختلفا، فقال الأب: أريد النقلة، وقالت الأم: بل تريد التجارة، فهو أعرف بنيته، فيُصدَّق، ولكن بيمين أو بغَيْر يمينٍ؟ فيه وجهان:

أحدهما: بغير يمين. ويحكى عن القفَّال.

وأصحُّهما: بيمين؛ لأنه يُبْطِلُ حقَّها من الحضانة، فإنْ نَكَلَ، حلفَتْ وأمسكت الولد، وسائر العصبات من المحارم، إذا لم يكن أبٌ كالجَدِّ، والأخُ والعمُّ بمثابة الأب في انتزاع الولد ونقْله، إذا أرادوا الانتقال احتياطاً للنسب، وكذا من ليس بمَحْرَم كابن العم، إذا كان الوَلَدُ ذكراً، وأما الأنْثَىٰ فلا تسلم إليه، قال في «التتمة»: إذا لم تَبْلُغ حَدّاً يُشْتَهَى مثْلُها، وفي «الشامل»: أنه إن كانت له بنْتٌ ترافقه، فتُسلَّم إلى بنته، والمَحْرَم الذي لا عُصُوبة له، كالخالِ، والعمِّ لْلأُمِّ، ليس له نقْلُ الوَلَد، إذا كان ينتقل؛ لأنه لا حقَّ له في النسب.

وإنما يثبت حقُّ النقل للأب وغيره، إذا استجمع الصفاتِ المعتبرة في الحضانة، وذكر في «التتمة»: أنه لو كان للوَلَدِ جَدٌّ مقيمٌ، فأراد الأب الانتقال، كان له أن ينقل الوَلَد، ولم تُمْنَع إقامةَ الحَدِّ منه، وكذا حكم الجَدِّ عند عَدَم الأب، ولا تمنعه منْه إقامةُ الأخ والعَمِّ، لكن، لو لم يكن أبٌ ولا جدٌّ، وأراد الأخ الانْتقالَ، وهناك ابن أخ أو عم مقيمانِ فليس له انتزاع الوَلَدِ من الأم ونَقْلُه، وفُرِّقَ بأن كلَّ واحدٍ من الأب والجدِّ أصلٌ في النسب، فلا يعتني به كعنايتهما والحواشي يقرب بعضهم من بعض، فالمقيم منْهم يعتني بحِفْظِه والله أعلم.

فَرْعٌ: يشبه أن [يدام][1] حق الأم إذا كان كل واحد من الأبوين يُسَافِرُ سَفَرَ حاجةٍ، واختلف بهما المَقْصد والطريق، ويجوز أن يقال: يكون مع الذي مقْصِدَه أقْرَبُ أو مُدَّةُ سَفَره أَقْصَرُ[2]، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الفَصْلُ الثَّانِي فِي اجْتِمَاعِ الحَوَاضِنِ فَإِنْ تَدَافَعُوا، فَالحَضَانَةُ عَلَى مَنْ عَلَيْهِ النَّفَقَةُ، وَإِنْ تَزَاحَمُوا، فَالنَّظَرُ فِي أَطْرَافِ الأَوَّلُ: فِي الكُسْوَةِ وَالجَدِيدُ أَنَّ الأُمَّ أَوْلَىٰ،

---

(١) في أ: يقام.

(٢) قال النووي: المختار أنه يدام مع الأم، وهو مقتضى كلام الأصحاب.

ثُمَّ أُمَّهَاتُهَا المُدْلِيَاتُ بِالإِنَاثِ، ثُمَّ أُمُّ الأَبِ وَجَدَّاتُهُ المُدْلِيَاتُ بِالإِنَاثِ، ثُمَّ أُمُّ الجَدِّ وَجَدَّاتُهُ كَمَا سَبَقَ، ثُمَّ أُمُّ أَبِ الجَدِّ وَجَدَّاتُهُ كَمَا سَبَقَ، ثُمَّ الأَخَوَاتُ ثُمَّ الخَالاَتُ، ثُمَّ بَنَاتُ الإِخْوَةِ، ثُمَّ العَمَّاتُ، وَفِي القَدِيمِ قَدَّمَ الأَخَوَاتِ لِلأُمِّ وَالخَالاَتِ عَلَى أُمَّهَاتِ الأَبِ لإِدْلاَئِهِنَّ بِالأُمِّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: معظم الغرض الآن بيان ترتيب المستحقِّين للحضانَة، ومَنْ يستحقها من الأَقَارِبِ، ومن لا يستحقُّها، والكلام في الغرض الثاني مخْلوطٌ بالكلام [في] الأول، فنوردها كذلك، ونقول: مهما اجتمع اثنان فصَاعِداً مِنْ مستحقِّي الحضانةِ نُظِرَ؛ إن تراضَوْا بواحِدٍ فذاك، وإن تدافعوا، فقد أُطْلَق في الكتاب أنَّها تَجِبُ على مَنْ عليه النفقة؛ لأن الحضانة من الكفاية، ولا شَكَّ أنه الصحيح، لكن يجوز إعْلامه بالواو؛ لما ذكرناه عن حكاية الرويانيِّ في أنه إذا امتنع الأبوان مِنَ الحضانة يُقْرعُ بينهما، ويُجْبَرُ عليها من خرجت قرعته، وإن طلبها كلُّ واحد منهم، وتزاحموا، وهم جميعاً بالصفات المشروطة في الحضانة، فهم إمَّا محضُ الإناثِ أو محْضُ الذكور أو مخْتَلِطون من الصنفين، فهذه ثلاثة أطراف:

أحدها: الإنَاثُ المَحْضُ، فأولاهن الأمُّ؛ لقربها ووفور شفقها، ثم أُمَّهاتُها المُدْلِيَاتُ بالإناث؛ لأنهن يشاركِنها في الإرث والولادة، ويُقدَّم منهن الأقربُ فالأقربُ، ويُقدَّمن علَىٰ أمهات الأبِ والجَدِّ، وإن بَعُدْن، وقَربت أم الأب لاختصاصهن بالولادة المحقَّقة، وولادة [أم] الأب والجد ظاهرةٌ، ولأنهن أقوى في الإرث لا يَسْقُطْن بالأب، بخلاف أمهات الأب، ثم بَعْد أمهات الأم قولان:

الجديد: أنه تُقدَّم أمُّ الأبِ ثم أمهاتُها المُدلِيات بالإناث، ثم أم [أب الأب، ثم أمهاتها المدلِيَات بالإناث، ثم أمُّ أب] أب الجد، ثم أمهاتها كذلك، وتتقدَّم منهن الأقرب فالأقرب، وتتأخَّر عنهن الأخوات والخالات، وبهذا قال أبو حنيفة، ووُجِّه بأنهن جداتٌ وارثاتٌ، فيتقدمن على الأخت والخالة، كأمهات الأم وبأنهن أكثر شفقةً وأقْوَىٰ قرابةً، ولذلك يعتقن على الوَلَدِ.

والقديم: أنه تُقدَّم الأخوات والخالات، على هؤلاء الجدات، أما الأخوات؛ فلأنهن رَقَدْنَ مع المولود في رحِم واحد[ة]، وصلب واحِدٍ، وأما الخالات؛ فلما رُوِيَ في قصَّة بنْتِ حمزة ـ رضي الله عنهما ـ أن النبيَّ ﷺ قال: الخالة بمنزلة الأمِّ، ولأنهن يُدْلِينَ بالأم، وهؤلاء للجدات يُدْلِينَ بالأب، والأم تُقدَّم على الأب في الحضانة، فكذلك مَنْ يدلي بها على مَنْ يدلي به، والقولان متفقان على تقديم جنْس الأخوات على الخالات؛ لِقُرْب الأخوات، وعلى أن الخالاتِ يَتقدَّمْن على بنات الأخوات وبنات

الأخوة والعمات؛ لأنهن يشاركونهن في المَحْرميَّة والدرجةِ وعدم الإرث، وتختصصن بالإدلاء بقرابة الأم الَّتي هي أقْوَىٰ في الحضانة مِنْ قرابة الأب، ثم الحضانَةُ بَعْدَ الخالاتِ لبنات الأخوات وبنات الإخوة يَتقدَّمن على العمات، كما يتقدَّم ابن الأخ في الميراث على العمِّ، كذلك رَتَّب الإمام وصاحب الكتاب وصاحب «التهذيب» وحكى الرويانيُّ هذا وجهاً لبعْضِ الأصحاب، وادَّعَىٰ أن الصَّحِيح تقديم العمَّات على بناتِ الأخَواتِ وبنات الإخوة، ثم حَكَىٰ وجهين فيمن يُقدَّم بعد العمات.

أحدهما: أنه تُقدَّم بناتُ الأخواتِ والإخوة، ثم بنات سائر العصبات بعْد الإخوة، ثم بنات الخالات، ثم بنات العمات، ثم خالات الأم، ثم خالات الأب، ثم عماته.

[والثاني: تقدم بعد العمات خالات الأم ثم خالات الأب ثم عماته] ولا حضانةِ لعمَّات الأم؛ لإدلائهن بِذَكرٍ غير وارث، ثم لخالات الجد، ثم لعماته، وهكذا، فإنْ فُقِدْنَ جميعاً، فالحضانةُ لبنات الأخوات والإخوة، وفي أيَّةِ رُتْبَة وقَعْن، فيتقدَّم بنات الأخوات على بنات الإخوة، كما تُقدَّم الأخْتُ على الأخ، والَّذِي وَقَعَ في الترتيب من ذكر بنات الخالات والعمات [يتفرَّع على استحقاقهن الحضانة، وفي أصْلِ استحقاقِهِنَّ خلافٌ سيأتي ـ إن شاء الله تعالى.

وقوله في الكتاب: «ثم أم الأب وجداته» لا يخفى أن المراد ترتيبُ الجَدَّات على الأم، وأن مَعْنَىٰ «ثم جداتُهُ» على ما ذكر في أمر المحضون، وكذلك الخلاف في قوله: «ثم أم الجد وجداته». وقوله: «كما سبق» يمكن أن يجعل إشارة إلى اشتراط الإدلاء بالإناث إزالتهما جميعاً.

وقوله: «وفي القديم قَدَّم الأخوات» إلى آخره، فيه بيانٌ أن مخالفةَ القديم للجديدِ في تقديم الصِّنْفَيْنِ على أمهاتِ الأبِ، فلا خلاف في التَّرتيب، قبلهن ولا بعدهن.

وقوله: «قدم الأخوات للأم» قد يُوهِمُ تخْصِيصَ الأخوات للأمِّ بالتقديم، وليس كذلك، بل في القديم يتقدمن، وإن كُنَّ من جهة الأب وحده، على أمهات الأب، فإذا وقع اللفظ هكذا، فليُحْمَلْ على أنهنَّ والخالات يتقدمن على القديم؛ لمعنى إدلائهن بالأم، وأما الأخواتُ للأب، فإنَّهنَّ، وإن تَقدَّمن على القديم، فليس ذلك لإدلائهن بالأم، ولو حذف لفظ الأمِّ، لم يَضُرَّ، وهو محذوف في «البسيط» وفي «الوسيط».

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **فُرُوعٌ: لأَوَّلُ الأُخْتُ لِلأَبِ مُقَدَّمَةٌ (ح و ز) عَلَى الأُخْتِ لِلأُمِّ فِي الجَدِيدِ لِقُوَّتِهَا، وَفِي القَدِيمِ وَجْهٌ أَنَّ الأُخْتَ لِلأُمِّ أَوْلَىٰ، وَالخَالَةُ لِلأَبِ هَلْ تُقَدَّمُ فِي الجَدِيدِ عَلَى الخَالَةِ لِلأُمِّ؟ فِيهِ وَجْهَانِ. الثَّانِي: النَّصُ أَنْ لاَ مَدْخَلَ لِكُلِّ جَدَّةٍ سَاقِطَةٍ فِي المِيرَاثِ وَهِيَ الَّتِي تُدْلِي بِذَكَرٍ بَيْنَ أُنْثَيَيْنِ، وَفِي وَجْهٍ آخَرَ أَنَّ لَهُنَّ الحَضَانَةَ وَلَكِنَّهُنَّ**

مُؤَخَّرَاتٌ عَنِ الكُلِّ، وَفِيهِ وَجهٌ أَنَّهُنَّ مُقَدَّمَاتٌ عَلَى الأَخَوَاتِ وَالخَالاَتِ. الثَّالِثُ: الأُنْثَىٰ الَّتِي لاَ مَحرَمِيَّةَ لَهَا كَبِنْتِ الخَالَةِ وَبِنْتِ العَمَّةِ لاَ حَضَانَةَ لَهُمَا عَلَىٰ أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ، فَإِنْ أَثْبَتْنَا لَهَا فَبَنَاتُ الخَالاَتِ مُقَدَّمَاتٌ عَلَى بَنَاتِ العَمَّاتِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: آخر الفروع أنَّ الأخت من الأبَوَيْنِ مقدَّمة على الأخت للأب، وعلى الأخت للأم؛ لزيادةِ قرابتهما، وهل تُقدَّم الأختُ للأبِ عَلَىٰ الأختِ للأمِّ؟ الظاهرُ، وهو الحكاية عن نَصِّه ـ رضي الله عنه ـ في الجديد والقديم معاً: أنها تَتقدَّم لأنهما يستويان فِي الشَّفَقَةِ والقُرْب، واختصت هي بقوَّة الإرث، وبأنها قَدْ تصير عصبة، فتترجَّح، وأيضاً أختان مِنْ أهل الحضانة فيتقدم أقواهما ميراثاً، على الأخرى، كالأخت مِنَ الأبوين مع الأخت من الأب، وبهذا قال أحمد، وقال المزنيُّ وابن سُرَيْج يتقدم الأختُ من الأم على الأخت من الأب، وهو مذهَب أبي حنيفة؛ لأن من تُدْلِي بالأم تتقدم على من تدلي بالأب، كما تتقدَّم الجدة أمُّ الأمُ على الجَدَّة أمّ الأب، وحكى القاضي ابن كج: أن أبا إسحاق كان يَقُول به برهةً من الدهر، ثم رَجَع عنه، ورجح ابن سُرَيْج للمعنى الذي ذكره تقديم الخالة على الأخْتِ من الأب أيضاً، وعن أبي حنيفة فيه روايتان، وذكر الأئمة بناءً على ظاهِرِ المذْهَب أن الشافعيَّ ـ رضي الله عنه ـ يُقَدِّم في الجديد بالولادة المحقَّقة ثم بالولادة الظَّاهرة، ثم بقُوَّة الإرث، وأراد بالولادة المحقَّقة بالأم وأمهاتها، وبالولاَدَةِ الظَّاهرةُ [آباء الأمهات][1]، وأشاروا بقوَّةِ الأَبِ إلى تقْديم الأخت على الخالة والأُخْتِ للأبِ على الأخْت للأمِّ، وبقوة الإدلاء: إلى تقديم الخالة على العَمَّة.

وأما الخالة للأبِ مَعَ الخالة للأمِّ والعمَّة، فإن قُدِّمَتِ الأختُ للأمِّ على الأختِ للأبِ، فكذلك ها هنا، وإن قدمت الأخْتُ للأبِ، فها هنا وجهان:

أحدهما: أنها تَتقدَّم الخالة للأم والعمَّة للأم أيضاً؛ لأن التقديم هناك كان لِقوَّتها في الإرث، وها هنا، لا إرث لواحدةٍ منهما، وأظهرهما تقديمُ التي هي للأبِ لقُوَّة الجهة، واستدلَلْنا هناك بالإرْثِ على قوة الحجة ولا يراعى غير الإرث.

وفي الخالة للأب وجهٌ: أنَّها لاَ تستَحِقُّ الحضانةَ أصْلاً؛ لأنها تُدْلِي بأب أب الأم، فأشبهت أمُّ الأبِ.

وقوله في الكتاب: «الأخت للأب مقدَّمةٌ على الأخت للأم في الجديد» ويجوز أن يُعْلَم مع الحاء والزاي بالواو، لأنهنَّ خصصن في الذكر وجه تقديم الأخت بالقديم،

---

(١) في ز: أما الأمهات.

حيث قال: «وفي القديم وجهٌ وذلك الوجه مطرد على الجديد والقديم، ويجوز أن يكون تخصيصه بالذِّكْر؛ لأنَّه على القديم أظْهَر وأشار بعْضُهم إلى أنَّه منْصُوصٌ عليه، ويجوز أن يُعْلَم قوله: «أولى» بالألف، وأن يُعْلَم قوله في الفصل السابق: «ثم الأخوات ثم الخالات» بالواو، لتقديم ابن سُرَيْجٍ الخالة على الأخْتِ للأب.

الفَرْعُ الثاني: النَّصُّ أنَّه لا مدْخَل في الحضانة لكل جَدَّة ساقطةٍ في الميراث، وهي التي تُدْلِي بذَكَرٍ بَيْن أنثيين؛ كأمِّ أبِ الأمِّ، وهو ظاهر المَذْهَب، ووُجِّه بأنَّها تُدْلِي بمَنْ لا حَقَّ له في الحضانة بحالٍ، فأشْبَهَتِ الأجانب، وتخرج علَيْه أم الأم إذا كَانَتِ الأمُّ فاسقةً أو مزوَّجةً، لأن لها حقاً في الحضانة [في الجملة والتوجيه، مبني على أن أب الأم لا حق له في الحضانة بحال][1]، وفيه خلافٌ سيأتي - إن شاء الله تعالى - وفي الجدَّات الساقطات وجْهان آخران:

أحدهما: أنَّ لهنَّ الحضانة؛ لقرابتهن، وشمول أحكام البعضية لهن؛ مِنْ رد الشهادة والعِتْق ولزوم النفقة، وغيرها؛ لكنهن يتأخَّرْن عن جميع المذكورات مِنْ قَبْلُ لضَعْفِهِنَّ.

والثاني، عن رواية الشيخ أبي عليٍّ: أنَّهنَّ «يَسْتَحِقِقْنَ» الحضانة، ويتقدمن على الأخوات والخالات؛ لأنهن أصول ويتأخَّرْنَ عن الجَدَّات الوارثات، وفي معنى الجَدَّة الساقِطَةِ كلُّ مَحْرم تُدْلي بذَكَر لا يرث، كبنت ابن البنت وبنت العم [للأم].

الفرع الثالث: الأُنْثَىٰ التي لَيسَتْ بمَحْرَم؛ كبنت الخالة وبنْتِ العمة وبنْتِ الخال وبنت العم، في استحقاقِهِنَّ الحضانَةَ وجْهان مذكورانِ في الكتاب:

أحدهما: أنه لا تستَحِقُّها؛ لأن الحضانة تُحْوِج إِلَىٰ معرفة بواطن الأمورِ، ويقع فيها الاختلاط التَّامُّ، فالأَوْلَىٰ تخصيصها بالمحارم.

ووجه الثاني: شفقتهن بالقرابة، وهدايتهن بالأنوثة، والأول أظْهَرُ عند صاحب الكتاب، والأشْبَهُ بكلام غيره ترجِيحُ الثاني، وعليه ينطبق إيراد الفورانيِّ وصاحب «التهذيب» والقاضي الرويانيِّ ويُفَرِّق بينهن وبيْن الجَدَّة الساقِطَةِ بأنَّها تُدْلِي بغير وارث بخلاف هؤلاء، وإذا قُلْنا بالوجه الثاني، فإذا كان المولود ذكراً، فإنما يكونُ لَهُنَّ حضانَتُه، إذا لم يبلغ حَدّاً يُشْتَهَىٰ مثله، وتُقدَّم بنات الخالات علَىٰ بنات الأخوال، وبنَاتُ الأعمام على بنات العمات، وبناتُ الخُتُولَة على بنات العمومة.

فِرْعَانِ: لبنت المجنون حضانَتُهُ، إذا لم يكن له أبوان، ذَكَره القاضِي ابن كج، وذكر الرويانيُّ أنه لو كان للمحضون زوجةٌ كبيرةٌ، وكان له استمتاعٌ بها، أو لَهَا استمتاعٌ

---

(١) سقط من: ب.

به، فهي أَوْلَىٰ بكفالته من جميع الأقارب، وإن لم يُفرض استمتاعٌ، فالأقارب أولَىٰ، وكذا لو كان للمحضونة زوْجٌ كبيرٌ، وفرض استمتاع، فهُو أَوْلَىٰ، وإلا، فالأقارب، فإن كان لها قرابَةٌ أيضاً، فهل يرجع بالزوجية؟ فيه وجهان[1]، والله أعلم بالصواب.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الطَّرَفُ الثَّانِي فِي اجْتِمَاعِ الذُّكُورِ وَهُمْ أَرْبَعَةُ أَقْسَامٍ: الأَوَّلُ مَحْرَمٌ وَارِثٌ فَيَتَرَتَّبُونَ تَرْتِيبَ العَصَبَاتِ فِي الوِلاَيَةِ إِلاَّ الأَخَ لِلأُمِّ فَإِنَّهُ يُؤَخَّرُ عَنِ الأُصُولِ وَعَنْ إِخْوَةِ الأَبِ (و)، وَهَلْ يُؤَخَّرُ عَنِ العَمِّ لِلوِلاَيَةِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ الثَّانِي وَارِثٌ لَيْسَ بِمَحْرَمٍ كَابْنِ العَمِّ (و) لَهُ الحَضَانَةُ فِي الصَّغِيرِ وَفِي الصَّغِيرَةِ الَّتِي لاَ تُشْتَهَىٰ دُونَ الصَّغِيرَةِ الَّتِي تُشْتَهَىٰ الثَّالِثُ: المَحْرَمُ الَّذِي لَيسَ بِوارِثٍ كَالخَالِ وَأَبِ الأُمِّ وَالعَمِّ لِلأُمِّ وَابْنِ الأُخْتِ فَهُمْ مُؤَخَّرُونَ عَنِ الوَرَثَةِ، وَهَلْ لَهُمْ حَقٌّ عِنْدَ فَقْدِهِمْ؟ فِيهِ وَجْهَانِ الرَّابِعُ قَرِيبٌ لَيْسَ بِمَحْرَمٍ وَلاَ وَارِثٍ كَابْنِ الخَالِ وَالخَالَةِ فَالصَّحِيحُ أَنْ لاَ حَقَّ لَهُمْ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هَذَا الطَّرَفُ لبيان مَنْ يستحق الحضانة من الذكور، ومَنْ لا يستحقُّ، وأنه إذا اجتمع منهُمْ مستحقُّون، كيف يرتبون، والذَّكر، إما أن يكون مَحْرماً، أو وارثاً ليس بمَحْرَمٍ، أو بالعكس، أوْ لاَ محرماً ولا وارثاً، فهذه أربعةُ أَقْسَامٍ:

الأول: المَحْرَمُ الوارثُ كالأَبِ والجَدِّ والأخِ وابْنِ الأخ والعمِّ، فهؤلاء يثبت لهم الحضانة لوفور شفقتهم، وقوَّة قرابتهم بالإرْثِ والولايةِ والمَحْرمية، وفي «التهذيب» وغيره: حكاية وجْهٍ: أنه لا حضانة إلا للأب والجَدّ؛ لتكامل شفقتهما واعتنائهما بأمر الوَلَدِ، وإلاَّ، فالذكور بعيدون عن الحضانة وفي الأخ من الأم خاصَّةً وجْهٌ أنَّه حضانة له لأنه لا عصوبة له، ولا ولاية، وظاهر المذهب: الأوَّلُ، ثم يُقَدَّم [منهن] الأب ثم الجدُّ، وإنْ علا، ويَتقدَّم من الأجداد الأَقْرَبُ فالأقْرَبُ، ثم الحق بعْدهم للإخْوة، ويَتقدَّم منهم الأخ للأبوَيْنِ، ثم الأخ للأب، ثم الأخ للأم[2]. وعلى ما ذكره ابن سُرَيْجٍ -رَحِمَهُ اللَّه- يُقَدَّم الأخُ من الأمِّ في هذا القِسْم؛ لأنهم لا يرتبون.

ثم الحق بعدهم للعَمِّ من الأبوين ثم للعَمِّ مِنَ الأبِ، ثم لعَمِّ الأب، ثم لعمِّ الجَدِّ. هذا هو الظَّاهِر.

---

(١) وحكاية الوجهين هكذا عن الروياني فيه نظر، فإن الظاهر فإنما أخذها من الحاوي، والذي في الحاوي حكايتها فيما كان للزوج قرابة، وهل يترجح بها كالزوجية. ثم هذا التفصيل المذكور هنا فيه مخالفة لبعض ما ذكروه في كتاب الصداق في تسليم الصغيرة.

(٢) قال في القوت: ابن الأخ للأم ليس من هذا القسم لأنه غير وارث ولا حضانة له على الأصح فضلاً عن تقدمه.

وحكى القاضي الرويانيُّ وجهاً آخَرَ: أن الأعمام يتقدَّمون على بني الإخْوة[١]، وفي الأخ من الأمِّ وجْه: أنه يتأخَّر عن الأعمام؛ لاختصاص العَمِّ بالعصوبة والولادة، والظاهر تقديمه عليهم لاختصاصه بمزيد القُرْب والشفقة، وعلى ذلك يُبْنَىٰ أمر الحضانة، بخلاف ولاية النكاح؛ فإنها منوطَةٌ بمن يدفع العار عن النسب، والوجهان فيمَنْ يُقدَّم ويُؤخَّر من الأخ للأم والعمِّ مذكوران في الكتاب، ويجوز أن يُعْلَم قوله: «فَيَتَرَتَّبُونَ ترتيب العَصَبات» بالواو؛ لأن ترتيبهم مبنيٌّ على ثبوت الحضانة لجَمِيعِهِمْ، وقد ذكَرْنا وجْهاً: أنه لا حضانة إلا للأبِ والجَدِّ، وأيضاً، للوجه المرويِّ بتقديم الأعمام على بني الإخوة، فإنهم على ذلك الوجْه لا يترتَّبون ترتيب العصبات، وقوله: «إلا الأخ للأم» ليس الغرض استثناء الأخ من العصبات؛ فإنه لا يَدْخُل فيهم، بل المعْنَىٰ إلا أن الأخ من الأم يدْخُل فيهم، ولا مدخل له في ترتيب العصبات، ولفظ «الوسيط» يترتَّبون ترتيب العصبات في الولاية فإنهم بأجمعهم أولياءُ يترتَّبون ترتيبهم في الولاية؛ إلا الأخ من الأم ثم ذكر حكمه وقوله «وعن إخوة الأب» مُعْلَم بالواو ولوجه ابن سُرَيْجٍ ـ رحمه الله ـ.

القسم الثاني: الوارِثُ الذي ليْسَ بمَحْرَم كابْنِ العَمِّ وابنه وابن عم الأب والجد، والوجه المذكورُ في غَيْر الأبِ والجَدِّ من المحارم الوارثين يجيْء فيهم بطريق الأوْلَىٰ، والظاهر ثبوتُ الحَضَانَةِ، فإن كان الولد ذكراً أو صغيرةً لا تُشْتَهىٰ مِثْلُها سلمت إليه وإنْ بلَغَتْ حَدّاً يشتهى مثلُها لم تسلَّم إليه، ولكن له أن يطالب بتسليمها إلى امرأة ثِقَةٍ، وتُعْطَىٰ أجرتَهَا، فلو كانت له بنْتٌ، سُلِّمت إليه، وإذا أثبتنا الحضانَةَ لهؤلاء، ففي ثبوتها للمُعْتَقِ وجهان:

أحدهما: تثبت؛ لأنَّ حقَّ الولاء يَلْحَق بالقرابة في الإرْث، وتحمل العَقْلَ وولاية النِّكَاح، فكذلك في الحضانة.

وأظهرهما: المنْعُ؛ لعدم القرابة التي هي مظنة الشفقة؛ وعلى هذا، فلو كانَتْ له قرابةٌ، وهناك مَنْ هو أقرب منه، فهل يترجَّح لانضمام عصوبة الولاء إلى عصوبة القرابة فيه وجهان نقلهما القاضي الرويانيُّ.

ومثاله: عم أب مُعْتَق[٢]، وعمُّ [القسم] الثالث المَحْرَم، والذي ليس بوارث

---

(١) عبارة الروضة: يتقدم الأعمام على بني الإخوة من الأم قال الأذرعي في القوت: قوله «من الأم» تبع فيه بعض نسخ الشرح وهو سبق قلم من ناقل. والصواب حذف قوله «من الأم» كما هو نسخ الشرح الصغير والنسخ المعتمدة من الكبير وغيرهما. وقد قال الرافعي قبل نقل هذا الوجه أنه لا مدخل لبني الإخوة من الأُم، في هذا القسم لأنهم لا يرثون.

(٢) قال النووي: الأصح لا يرجح. والله أعلم.

هذا الذي صححه جزم به الماوردي لكنه مخالف لمسائل ذكرها في كتاب النكاح منها: ابنا عم=

كالخال وأب الأم والعم [للأم] وابن الأخت وابن الأخ للأم، ففي استحقاقِهِمُ الحضانةَ وجهان:

وجه الاستحقاق: أنَّ لهم قرابةً تدْعو إلى الشفقة والتربية، وأيضاً، فالخالة مُلْحَقَةٌ بالأم، فكذلك الخال مُلْحَقٌ بالأب، والأظهر المَنْع؛ لضَعْفِ القرابة؛ ألا ترى أنها تقاعدت عن إفادة الولاية والإرثِ وتحمل العَقْل، فكذلك تتقاعد عن إفادة هذا الحَقِّ، وإنما تثبت الحضانة للخالة؛ لانضمام الأنوثة إلى القرابة، ولها أثر في الحضانة على ما سبق، وإذا أثبتنا لهُمُ الحضانة، فيتأخرون عن المحارم الوارِثِينَ، وعن [الوارثين] الذين لا محرميَّة لهم.

القسم الرابع: من ليس بمَحْرَمٍ ولا وارِثٍ من الأقارب؛ كابن الخال والخالة وابن العمة، لا حضانَةَ لهم، وفيه وجْهٌ ضَعِيفٌ؛ لقيام أصل القرابة، والصحيح الأول، ومنهم مَنْ قَطَع به، وإذا أثبتنا الحَضَانَةَ لجميع المذكورين في الأقسام الأربعة تفريعاً على الأصحِّ في بعضهم، والأضعَفِ في بعضهم، وتركنا التقسيم قلْنا: الأَوْلَىٰ الأب، ثم أب الأب [وإن علائم] الإخوة، ثم بنوهم، ثم الأعمام، قال في «التتمة»: ثم بنوهم، ثم أعمام الأبِ، ثم بنوهم، ثم أعمام الجد، ثم بنوهم، ثم الجَدُّ أب الأم وكلُّ جَدٍّ يدلي بذكر بين أُنْثَيَيْنِ يقدم الأقرب منهم فالأقرب، ثم الخال، ثم العم للأم، ثم ابنَ الخال ثم ابن العم للأم ثم المُعْتَق، ثم عصباته ومنهم مَنْ يقتضِي كلامُه بني العمِّ عن أعمام الأب والجَدِّ؛ لأن لهم محرمية مع الوراثة.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الطَّرَفُ الثَّالِثُ فِي ٱجْتِمَاعِ الذُّكُورِ وَالإِنَاثِ، وَأَوْلاَهُمُ الأُمُّ وَأُمَّهَاتَهَا المُدْلِيَاتُ مِنْ جِهَةِ الإِنَاثِ، ثُمَّ بَعْدَهُنَّ الأَبُ أَوْلَىٰ مِنَ الجَدَّاتِ عَلَى أَصَحِّ القَوْلَيْنِ، وَكَذٰلِكَ الصَّحِيحُ أَنَّهُ يُقَدَّمُ عَلَى الأَخَوَاتِ لِلأَبِ لِأَنَّهُنَّ فُرُوعُهُ، وَفِي تَقْدِيمِ الأُخْتِ لِلأُمِّ وَالخَالاَتِ عَلَى الأَبِ خِلاَفٌ، وَكُلُّ جَدَّةٍ لَيْسَتْ فَاسِدَةً فَهِيَ أَوْلَىٰ مِنْ كُلِّ ذَكَرٍ عَلَىٰ حَاشِيَةِ النَّسَبِ، وَأَمَّا الَّذِينَ عَلَى الحَوَاشِي إِذَا ٱسْتَوَوْا فِي القُرْبِ وَالإِرْثِ فَالأُنْثَىٰ أَوْلَىٰ مِنَ الذَّكَرِ، وَالأُخْتُ أَوْلَىٰ مِنَ الأَخِ، وَالخَالَةُ مِنَ الخَالِ، وَالأُنْثَىٰ البَعِيدَةُ هَلْ تُقَدَّمُ عَلَى الذَّكَرِ القَرِيبِ؟ وَجْهَانِ.

= أحدهما أخ لأم أو ابناً أبناء عم أحدهما ابنها أو ابنا عم أحدهما الأبوين والآخر لأب لكنه يدلي بأخوة الأم وإذا كان الراجح بهذا الأكثرين تقديم الأخ للأم في الأولى وتقديم الابن في الثانية وتقديم الذي يدلي بأخوة الأم في الثالثة لزم أن يكون الأصح هنا التقديم وبأن الحضانة ترجح فيه بكثرة الأسباب، ولا يرد شيء من المسائل المذكورة على ما رجحه هنا لأن المعتق بعدت رتبته عن القريب الآخر فلم يترجح على الأصح.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا اجتمع الذكور والإناث من أهْلِ الحضانة، فإن كان فيهم أمٌّ، **فهي أوْلَىٰ** من الأب وغيره، على ما وَرَدَ في الخَبَر «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي»[١] والمعنى فيه أنَّها تساوي الأب في القرب والشفقة وتختص بالولادة المحقَّقة ولصلاحية الحضانة بسبب الأنوثة، وأيضاً، فالأب لا يَسْتَغْنِي في الحضانة عن النِّساء، ولا يكاد يباشرها وهي تباشرها، ثم أمُّ الأمِّ، وإن علَتْ كالأم؛ لأنها تشاركها في الشفقة [والأنوثة] والولادة المحقَّقة، ولو نَكَحَتِ الأمُّ، ورضِيَ أبُ المولود بأن يكون عندها، ورضِيَ زوْجُها أيضاً، فيسقط حقُّ الجدة أو يقال: لها الحضانة، ولا يتأثر حقُّها بتراضيهما؟ ذَكَرَ في «التهذيب» فيه وجهَيْن، وجَعَل أصحَّهما[٢] أَوَّلَهُما، وأما الجَدَّات من قِبَلِ الأب، إذا اجتمعْنَ مع الأب [قدم عليهن]؛ لأنهن يُدْلِينَ به، فيبعد أن يتقدَّمن عليه، هذا هو الصحيح المشهور، وفيه وجْهٌ، ويقال: قول: مخرج أنهن يتقدَّمْن عليه لولادتهنَّ وزيادة صلاحيتهن[٣]؛ للحضانة.

قوله في الكتاب: «على أصح القولين» يعني المنصوص، والمُخرَّج على أن أكثرهم سكَتُوا عن الخلاف في المسألة، وأجرى الخلاف مثبتوه في الأخْتِ من الأب، مع الأب وإن كَانَتْ فَرْعاً له ومُدْلِيَةً به، [لصلاحيتها] وأما الأخت من الأبوين أو من الأم والخالة، فإن قلنا: بالقديم وقدَّمْناهُنَّ على أمهات الأب فكذلك يتقدَّمن على الأب، لا سيَّما إذا قدَّمْنا أمهات الأب على الأب، وإن قلنا بالجديد، وقدَّمنا أمهاتِ الأبِ على الأخْتِ والخالة، ففي الأخت المدْلِيَة بالأم والخالة مع الأب وجهان:

أحدهما: أنهما يتقدَّمان عليه، وبه قال أبو حنيفة وابن سُرَيْجِ وأبو إسحاق والإِصْطَخْرِيُّ؛ لأنوثتهما وإدلائهما بالأم، فأشبها أمهاتِ الأُمِّ.

وأظهَرُهُمَا، وبه قال صاحب «الإفصاح»: أن الأب يَتَقدَّم عليهما؛ لقربه وولادته وعصوبته، وهو ظاهر رواية المزنيِّ، ونص رواية الربيع واختيار الأكثرين، وإذا قدَّمْناهُمَا على الأبِ، فلو اجتمعَتْ مع الأب أو الأخت للأم، والخالة أم الأب فوجهان: قال

---

(١) تقدم.

(٢) وعبارة المصنف «ذكر في التهذيب وجهين وجعل أصحهما أولهما» انتهى وقد يستشكل هذا التصحيح بما ذكره فيما إذا نكحت الأم أجنبياً ورضي بالولد فإنهما جزما بأنه لا أثر لذلك لجواز الرجوع فيتضرر الولد، وقد يعرف تأكد الرضى هنا بوجوده من الأبوين، وقد استغرب في المطلب ما ذكره البغوي والمراد بالجدة أم الولد وإن أطلقها البغوي.

(٣) تعليله الوجه في تقديم الأب بالولادة والصلاحية لا معنى له، لأنه إما أن يعني بها ولادة المحضون فالأب يشاركها في ذلك بل هو أولى بهذا الوصف، وإما أن يعني به ولادة الأب التي هي محققة، فهذا الوصف لا يتعلق بالمحضون.

الإصطخريُّ: تكون الحضانة للأب؛ لأن الأُختَ تسقط بأم الأبِ، وهي تَسْقُطُ بالأب ويجوز أن يَسْقُطَ الشخص، ثم لا يحصل له ما كَانَ يأخُذه المحجوب، كما أن الأخوين مع الأبوين يَرُدَّان الأمَّ من الثلث إلى السُّدُس، ولا يَحْصُل لهما ما حجَبَاها عنه، وقال أكثرهم: تكون الحضانة للأختِ من الأم؛ لأنها مقدَّمة على الأب على الوجْه الذي عليه يُفَرَّع وتسقط أم الأب بالأب، وإذا اجتمعَتِ الأختُ من الأب والأختُ من الأمِّ مع الأب وقلْنا بالظاهر، وهو تقديم [الأخت للأم على] الأخت من الأب، تكون الحضانةُ للأب أو الأخت من الأم؟ فيه هذان الوجهان، وإذا فرَّعنا على الصحيح، وهو تقديم الأب على الجدات من قبله، وعلى الظاهر في تقديمه على الأخوات للأم والخالات، فالمُقَدَّم بعد أمهات الأمِّ الأبُ ثم أمهاتُه المُدْلِيَاتُ بالإناث، ثم الجَدُّ أبو للأب، وفيه مع أمهاته ما ذكَرْنا في الأب مع أمهاته ثم أبو الجَدِّ وأمهاته كذلك، ويتقدَّمون جميعاً على الأقاربِ الواقِعِينَ على حواشي النَّسَب، ويُؤَدِّي بعضَ هذا المعْنَىٰ قولُه في الكتاب: «وكلُّ جَدَّة ليْسَتْ فاسدةً، فهِيَ أَوْلَىٰ مِنْ كُلِّ ذَكَرٍ على حاشية النَّسَب».

وأما الجدات الساقطاتُ، فقد سبق الكلام في استحقاقهن وفي ترتيبهن، إن استحْقَقْنَ، وإذا لم يوجد أحد من مستحقي الحضانة من الأجداد والجدات فثلاثة أوْجُهٍ:

أحدها: أن نساء القرابة، وإن بَعُدْنَ أوْلَىٰ بالحضانة من الذكور، وإن كانوا عصباتٍ؛ لأنهن أصلح للحضانة على ما تكرَّر، فعلى هذا تُقدَّم الأخوات والعمات والخالات وبناتهن على الإخوة والأعمام وبنيهم.

والثاني: العصَبَاتُ أوْلَىٰ منهن؛ لقُوَّةِ نسبهم وقيامهم بالتأديب والتعليم.

والثالث: وهو الأصحُّ؛ على ما ذكر القاضي الرويانيُّ: أنه لا يترجَّح واحد من الفريقين على الآخر، ولكن يُقدَّم منهم الأقربُ فالأقربُ كما يُقدَّم في الإرث الأقربُ فالأقرب من العَصَبات، فإن استوى اثنان في القرب، قدَّمنا بالأنوثة، فعَلَىٰ هذا الحَقِ بعْد الآباء والأمهات للإخوةُ والأخواتُ وتُقدَّم الأخوات على الإخوة، [ويقدم بعد الأخوات والإخوة][1] بناتُ الأخواتِ ثُمَّ بنوا الأخوة، وتُقدَّم بنت الأخ على ابن الأخت؛ اعتباراً بمَنْ يحضن لا بمن يُدْلِي به فإن فقدوا جميعاً، فالحضانة لِمَنْ في درجة الأمِّ، وهم الخئولة، ومن في درجة الأب، وهم العمومة، وتُقدَّم الخئولة على العمومة، والخالات على الأخوال، والعمات على الأعمام، فإن فقدوا، فالحضانة لأولادهم، وترتيب الأولاد وتقديم الإناث على الذكور كما في الأصول ثم يرتقي إلى مَنْ في درجة الجَدِّ والجَدَّة، وهم خئولة الأبوين وعمومتها، فيُرَاعَىٰ فيهم هذا الترتيب، وإذا استوى

---

(١) سقط من: أ.

اثنانِ مِنْ كل واحدٍ كأخوين أو خالتين، وتنازعا، قَطَعْنا النزاعَ بالقرعة، وكان يجوز أن يُقدَّم بما يقدم به المتزاحمان على اللقيط، فإن لم يوجدْ أحد من نساء القرابة، ولا من العصبات، وهناك رجال مِنْ ذوي الأرحام، فحكمهم ما ذكَرْنا في الطرف[١] الثاني.

وقوله في الكتاب: «والأنثى البعيدة هلى تُقدَّم على الذَّكَر القريبِ؟ وجهان» يشير إلى الخلاف الذي نقَلْنا في الأقارب الواقِعِينَ على الحواشِي، فإن قلْنا بالتقديم بالأنوثة، قَدَّمناها على الذَّكَر القريب. مثاله: ابن الأخ مع بنت بنت الأخ، وإن لم نُقدِّمها بالأنوثة، فيقدِّم الذكر القريب ترجيحاً بالعصوبة أو بالقرب.

فرُوعٌ: الأختُ مع الجدِّ، كهي مع الأب، قال المتولِّي: ويخالف الميراث، فإنه يقبل التبعيض، والحضانة لا تقبله.

ولو كان في أهْلِ الحضانة خَنثَىٰ [مُشْكِلٌ]، فهل يتقدَّم على الذكر في موضع لو كان أنثى لاحتمال الأنوثة، أو لا يتقدم، لعَدَم الحُكْم بها؟ فيه وجهان[٢] وإذا أخبر عن

---

(١) قال في الخادم: هذا مخالف لما قدمه في الكلام على محض الإناث وهو قوله والقولان متفقان على تقديم صنف الأخوات على الخالات، وعلى أن الخالات يتقدمن على بنات الإخوة والأخوات، وهذا صريح في تقديم الخالة على بنت الأخت وبنت الأخ بلا خلاف، وقضية كلامه هنا أن الأصح تقديم بنت الأخ وبنت الأخت على الخالة فكيف يمكن جعله أصح مع مخالفة الجديد والقديم أيضاً، ووقع الموضعان أيضاً في الحاوي للماوردي والبحر للروياني، وقد نقل للرافعي فيما سبق عن الروياني أنه صحح عند انفراد النسوة تقديم الخالات والعمات على بنات الأخوات، وبنات الإخوة وصحح هنا هذا الوجه وهو مناقض لذلك وممن نبه على هذا التناقض العلامة نجم الدين بن الرفعة، ثم ذكر جواب شيخه البلقيني ولم يصرح به، وعبارة شيخه البلقيني وعندي له جواب وهو أن يكون محل هذا الخلاف فيما إذا اجتمع ابن الأخ وبنت الأخت مع الخالة، فإن لنا وجهاً من الثلاثة المذكورة في الكتب المذكورة أن العصبات مقدمون على من عد الأصول وحينئذ فإذا اجتمع من ابن الأخ الخالة وبنت الأخ كان ابن الأخ مسقطاً للخالة وأخته تحجبه من الحضانة فقدمت على الخالة حينئذ على الأصح كما في النوعين المذكورين في الكتاب في التفريع على الوجه الضعيف، والكلام الذي ذكرتموه لا يتم عليه لأن ابن الأخ وابن الأخت مقدمان على بنت الأخ وبنت الأخت على هذا الوجه، ولا يصح أن يقال الأنثى مرجحة حينئذ لأنا نقول إنما فرعنا على الثالث المرجح لرجحان الأنثى على المشار في الحالة فصح بمقتضى ذلك إثبات الخلاف في تقديم بنت الأخت وبنت الأخ على الخالة واجتمع مع نفي الخلاف عند تمحض الإناث، وأيضاً فإنا إذا فرعنا على المرجح الثالث لم يقطع النظر عن قوة العصوبة من على وجه بل الذكر حينئذ يساويها، وأخته مقدمة عليه، والمقدم على أحد المتساويين يقدم على الآخر على أن الذي اعتقده تقديم الخالة على بنت الأخ وهو الذي جرى عليه صاحب الحاوي الصغير انتهى ومما قدره الشيخ يدفع الاعتراض على الشرح وكذا الروضة.

(٢) قال النووي: الأصح: الثاني.

ذكورته أو أنوثته، عمل بقوله في سقُوط الحضانة، وهل يُعْمَل به في استحقاقها أم لا يعمل للتهمة؟ نقل القاضي الرويانيُّ فيه وجهين[١].

قَالَ الغَزَالِيُّ: السَّبَبُ الثَّالِثُ فِي النَّفَقَةِ عَلَى مِلْكِ اليَمِينِ وَيَجِبُ عَلَى السَّيِّدِ نَفَقَةُ الرَّقِيقِ بِقَدْرِ الكِفَايَةِ عَلَى مَا يَلِيقُ بِالعَادَةِ، وَيُقْتَصَرُ فِي الكُسْوَةِ عَلَى الخَشِنِ، وَلاَ يُقْتَصَرُ عَلَى سَتْرِ العَوْرَةِ، وَلاَ يَجِبُ تَفْضِيلُ النَّفِيسِ عَلَى الخَسِيسِ فِي جِنْسِ الكُسْوَةِ عَلَى الأَصَحِّ، وَقِيلَ: يَجِبُ تَفْضِيلُ السَّرِيَّةِ عَلَى الخَادِمَةِ، وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُجْلِسَ الرَّقِيقَ مَعَهُ فِي الأَكْلِ أَوْ يُوَزِّعَ لَهُ لُقْمَةً، وَيَجِبُ ذَلِكَ فِي وَجْهٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فَرَغْنَا بمعونة الله ـ تعالى ـ مِنَ القول في نفَقَةِ الزَّوْجَات والأقارب، والسببُ الثالث لوجوب النفقة مِلْكُ اليَمِينِ، فيجب على السيد نفقة رقيقة قُوتاً وأُدْماً وكُسْوةً وسائر مؤناته، قنّاً كانَ أو مُدَبَّراً أو أمَّ وَلَدٍ، يستوي فيه الصغير والكبير والزَّمِنُ والأعمَى والسليم والمستأجر والمَرْهُون وغيره.

رُوِيَ عن أبي هريرةَ ـ رضي الله عنه ـ أن النبيَّ ﷺ قال: «لِلْمَمْلُوكِ طَعَامُهُ وَكُسْوَتُهُ بِالْمَعْرُوفِ، وَلاَ يُكَلَّفُ مِنَ الْعَمَلِ إِلاَّ مَا يُطِيقُ[٢] وَإِذَا كَانَ كَسُوباً، فَكَسْبُهُ لِلسَّيِّدِ، إِنْ شَاءَ أَخَذَ كَسْبَهُ، وَأَنْفَقَ عَلَيْهِ مِنْ سَائِرِ أَمْوَالِهِ، وَإِنْ شَاءَ أَنْفَقَ عَلَيْهِ مِنْ كَسْبِهِ» فإن لم يف والشركاء، فالباقي عليه وإن زاد فالزيادة له في الملك عليهم النفقة بحَسَب الملك، ولا تجب النفقة للمُكَاتَبِ على[٣] السيد؛ لاستقلاله، ولذلك توجب نفقة عبده عليه.

ولا تتقدَّر نفقته كنفقة القريب، ولكن تُعتَبَرُ فيه الكفاية، وذكروا فيما تعتبر كفايته وجْهَيْنِ:

أحدهما: تعتبر بما يَكْفي مثْلَهُ في الغالب، ولا تُعْتبر حالُهُ في نفْسِهِ.

والثاني: تُعْتَبَر حاله في نَفْسه، ويُرَاعَىٰ رغبته وزهادته، فإن لم يكفه ما يَكْفِي مثْله غالباً، فعلى السيد الزيادة، وهذا ما اختاره صاحب «الشامل» وهو المفهوم من إطلاق لفْظ الكتاب، وعن صاحب «الحاوي» أنه إن كان يُؤَثِّر فقد الزيادة في قُوَّتِهِ وبَدَنِهِ، لزمت على السيد، وإلا فلا، وينبغي أن تجيْء هذه الوجوهُ قويُّها وضعيفُها في نفقة القريب.

وأما الجنْسُ، فيعْتَبَرُ غالبُ القوت الذي يَطْعَم منه المماليك في البلد؛ من الحنطة

---

(١) قال النووي: أصحهما: يعمل وهو الجاري على قواعد المذهب في نظائره.

(٢) رواه الشافعي [١١٩٣] ومسلم [١٦٦٢] من هذا الوجه وفيه محمد بن عجلان.

(٣) قال النووي: وهل يلزم السيد شراء الماء لطهارة رقيقة؟ وجهان، أصحهما: نعم، كفطرته، والثاني: لا، لأن له بدلاً وهو التيمم، كما لا يلزمه دم بتمتعه بل يصوم.

والشعير وغيرهما وكذا الأُدْمُ الغالب والكُسْوة الغالبة؛ من القُطْن والكَتَّان والصوف، ويراعى حال السيد في اليسار والإعسار، فيجب ما يليق بحاله مِنْ رفيع الجنس الغالب وخسيسه ولا يجوز الاقتصار في الكُسْوة على ستر العورة، وإن لا يتأذَّى بحرٍّ ولا ببردٍ، لأن ذلك يُعَدُّ تحقيراً وإذلالاً، ولو كان السيد يتنعم في الطَّعَام والإدَام والكُسْوة، فيستحب أن يدفع إلَيْه مثلَهُ، ولا يجب بل يجوز الاقتصار على ما دونه، إذا كان هو الغالِبَ، وما رُوِيَ أنه ﷺ قال: «إِخْوَانُكُمْ خَوَلُكُمْ جَعَلَهُمُ اللَّهُ تَحتَ أَيْدِيكُمْ فَمَنْ كَانَ أَخُوهُ تَحتَ يَدِهِ فَلْيُطْعِمْهُ مِمَّا يَأْكُلُ وَيُلْبِسْهُ مِمَّا يَلْبَسُ»(١) حمله الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ على الاستحباب، أو على أن الخطاب للعَرَبِ الذِينَ مطاعمهم وملابسهم متقاربة، أو على أنه جوابُ سائلٍ، علم حاله، فأجاب على ما اقتضاه الحال؛ وإن كان السيد يطعم ويلبس دون المعتاد غالباً، إما بُخلاً أو رياضةً، فيلزمه رعايةُ الغالب للرفيق، أوْ لَهُ الاقتصار على ما اقْتَصَر عليه لنفسه؟ ذكر في «التهذيب» فيه وجْهَيْن، المشهور منهما الأول، وإذا كان له عبيدٌ، فالأَوْلَىٰ التسوية بينهم في الطعام والكُسْوة(٢)، وفيه وجْه أنه يفضل ذاتَ الجَمَالِ والفراهة للعادة، وإذا وَلَّىٰ رقيقه معالجة طَعَامِهِ، وجاءه به فينبغي أن يُجْلِسَه معه؛ ليتناول منه، فإن لم يفْعَلْ أو امتنع الرقيقُ منه توقيراً للسيد، فينبغي أن يروغ له لقمة أو لقمَتيْنِ ويناوله، رُوِيَ أنه ﷺ قال: «إِذَا جَاءَ أَحَدَكُمْ خَادِمُهُ بِطَعَامِهِ قد ولى حُرَّه ودخانه، فَلْيُقْعِدْهُ يَأْكُلُ مَعَهُ، وَإِلاَّ فَلْيُنَاوِلْهُ أُكْلَة من طعامه»(٣)، وَيُرْوَىٰ أنه قال: «إِذَا كَفَىٰ أَحَدَكُمْ خَادِمُهُ طعامه حَرَّهُ وَدُخَانَهُ فَلْيُجْلِسْهُ مَعَهُ، فَإِنْ أَبَىٰ فَلْيُرَوِّغْ لَهُ لُقْمَةً»(٤) والأُكْلة بالضم: اللقمة وروغها: إذا رَوَّاها دسماً، وأشار الشافعي ـ رضي الله عنه ـ في ذلك إلى احتمالات ثلاثة:

أحدها: أنه يجب التَّرْوِيغُ والمناوَلَةُ، فإن أجلسه معه، فهو أفضل.

وثانيها: أن الواجب أحدُهُمَا، لا بعينه وأصحُهما: أنه لا يجب واحدٌ منهما، والأمر بهما على سبيل الاستحبابِ نَدْباً إلى التواضُع ومكارم الأخلاق، ومنْهم مَنْ نَفَىٰ الخلاف في الوجُوبِ، وذكر قولَيْنِ في أن الإجلاس أفضل أم هما متساويان؟ والظاهر

---

(١) متفق عليه البخاري [٣٠ ـ ٢٥٤٥ ـ ٦٠٥٠] ومسلم [١٦٦١] من حديث المغرور بن سويد عن أبي ذر نحوه، وفيه قصة.

(٢) وهذا الوجه هو قضية العرف وبه أجاب الصيمري فقال: ويختلف حالهم باختلاف أقدارهم ومنازلهم وجزم به الماوردي وغيره فليس كسوة الراعي والسايس ككسوة من قام بالتجارة وغيرها.

(٣) متفق عليه البخاري [٢٥٥٧ ـ ٥٤٦٠] ومسلم [١٦٦٣] من حديث أبي هريرة، وأخرجه الشافعي ثم البيهقي باللفظ الثاني، وإسناده صحيح.

(٤) ينظر تخريج الحديث السابق.

الأول؛ ليتناول القدْر الذي يشتهيه، وهذا الاستحباب فيمن يعالج الطعامَ آكد، وأصل الاستحباب في مناولة الطعام اللذيذِ يَشْمَلُ المعالِجَ وغيره ورعاية هذا الخُلُق في حَقِّ الحاضرين أهم، وليكن ما يناوله من اللقمة كبيرة تَسُدُّ مسداً دون الصغيرة التي تهيج الشهوة، ولا تقضي النهمة، ونفقة الرقيق كنفقة القريب؛ في أنها لا تصير دَيْناً في الذمة وتسقط بِمُضِيِّ[1] الزمان، ولو دفع إليه الطعام، ثم أراد إبدالَهُ، ذكر القاضي الرويانيُّ: أنه ليس له ذلك عند الأكل ويجوز قبله، وعن الماوَرْدِيِّ أنه إن تضمَّن الإبدالُ تأخرَ الأكل، لم يجز.

وقوله في الكتاب: «ولا يجب تفضيل النفيس على الخسيس في جنس الكسوة» لفظ الوجوب لم يستعمله أكثر الأئمة في هذا الموضع في أولوية التَّسْوِيَة وكراهية التفضيل وعدَمِها ثم التفضيل لا يختص بالكُسْوة [بل] الطعام كالكسوة، وقوله: «على الأصح» يعني من ثلاثة أوجُهٍ تحصُل إذا أخذ مطلق الرقيق.

وقوله: «وقيلَ يجب تفضيل السرية على الخادمة» وهو الثالث الفارق بين التفضيل في العبيد والتفضيل في الجواري، وهذا هو الأصحُّ عند عامَّة الأصحاب، وهو المنصوص عليه، ولفظ التسوية يُشْعِر بتخصيص التفضيل بها، لكن لفْظ الشافعيِّ - رضي الله عنه - وعامَّة الأصحاب أن ذاتَ الجَمَال [والفراهة] تُفَضَّل، ولم يُفرِّقوا بين السرية وغيرها، بل صرَّح صاحب «التهذيب» بنَفْيِ الفرق.

وقوله: «ويستحب أن يُجلِسَ الرقيقَ مَعَهُ» محمول على الرقيق الذي عالج الطعام، وإن أطلق إطلاقاً على ما هو مبيَّن في «الوسيط»، وكان يمكن حمله على الاستحباب الشامل إلا أنه ذَكَرَ بعده الوجْه الذاهِبَ إلى الوجُوبِ والخلافَ، والاحتمالاتُ المذكورةُ في الوجوب مخصوصةٌ بالرقيقِ الذي عالَجَ الطعام، ولا مجال لها في غيره.

وقوله: «ويجب ذلك» يمكن أن يريد به أحدهما، ويجوز أن يريد شيئاً من ذلك، والله عزَّ وجلّ أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَيَجِبُ إِرْضَاعُ الوَلَدِ عَلَىٰ المُسْتَوْلَدَةِ، وَلاَ يُفَرِّقُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ وَلَدِهَا بِالتَّسْلِيمِ إِلَى مُرْضِعَةٍ أُخرَىٰ، وَلاَ تُكَلَّفُ أَنْ تُرْضِعَ مَعَهُ غَيْرَهُ، وَلَيْسَ لَهَا فِطَامُ وَلَدِهَا قَبْلَ الحَوْلَيْنِ، وَلاَ الزِّيَادَةُ عَلَى الحَوْلَيْنِ إِلاَّ بِرِضَا السَّيِّدِ، وَأَمَّا الحُرَّةُ فَلَهَا حَقٌّ فِي الفِطَامِ فَلاَ فِطَامَ إِلاَّ بِتَوَافُقِهِمَا، فَإِنْ أَبَتِ الفِطَامَ قَبْلَ الحَوْلَيْن فَعَلَيْهِ الأُجْرَةُ.

---

(١) قال في الخادم: ينبغي أن يستثنى من ذلك ما إذا أذن له القاضي في الاستقراض وقد صرح به في البحر فقال: لو قال الحاكم لعبد رجل غائب استدن وأنفق على نفسك فذلك دين على السيد ويجوز ذلك.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا ولَدَتْ أمته أو أمُّ ولده منه فله أن يجبرها على إرضاعه؛ لأن لَبَنَهَا ومنافعها له، ولو أراد أن يُسَلِّم الولَدَ إلى غيرها، وأرادَتْ هي أن ترضعه، ففي «التتمة»: حكاية وجهَيْن في أنه هل يتمكَّن منه؟ أحدُهما.

نَعَم؛ لأنها ملكه، وقد يريد استخدامها والاستمتاع بها.

وأظهَرُهما، وهو المذكور في الكتاب: المنع لما فيه من التفريق بين الوالِدَة وولَدِها، نعَمْ له أن يضمه في أوقات الاستمتاع إلى غيرها، ولا يكلفها أن ترضع ولداً آخر مَعَ ولدها بأُجْرةٍ أو بغَيْر أُجرةٍ، إلا أن يفضل لبنها عن ريِّ ولَدِها إما لقِلَّة شُرْبه، أو لكثرة اللَّبَن، أو لاجتزائه بغير اللبن في أكثر الأوْقَات، ولوْ مَاتَ، ماتَ ولَدُها أو استغنى عن اللبن، فله ذلك، وله إجْبارها على الفِطَام قبل الحولَيْن، إذا اجتزأ الولد بغَيْر اللبن، وعلى الإرضاع بعد الحولين، وإن كان يجتزىء بغيْرِ اللبن، إلاَّ إذا تضررت [به]، وليس لها الاستقلال بالفِطَام ولا الرضاع، وأما الحُرَّة، فهِيَ صاحبةُ حقٍّ في تربية الولَدِ، فليس لواحدٍ من الأبوين الاستقلالُ بالفِطَام قبْل تمام الحولَيْن، وعلى الأب الأجْرَةُ، إذا امتنعت منه الأمُّ إما لها أو لغيرها، وذكر فيه احتمالٌ: إذا لم يَتضرَّر به الولد، وإن اتفقا عليه جاز إذا لم يَتضرَّر به الولد وبعد الحولين يجوز لكل واحدٍ منهما الفِطَامُ، إذا كان يجتزىء بالطعام، ويجوز أن يزاد في الإرضاع بالإنفاق، ولو لم يكن وَلَدُ الأمة مِنَ السيد، بل مملوكاً له، وكان من زوْجٍ أو زناً، فحضانته على السيد، وحُكْمُ الإرضاعِ على ما ذكرنا، وإن كان حرّاً، فله طلب الأجرة على إرضاعه، ولا يلزمه التبرُّع كما لا يجب على الحُرَّة التبرُّع[1] بالإرضاع، ولو رَضِي بأن ترضعه مجاناً، لم يكن لها الامتناع.

وقوله في الكتاب: «فلا فطام إلا بتوافقهما» يعني قبل الحولَيْن كما قال عقيبة «فإن أبَتِ الفِطَامَ قَبْلَ الحَوْلَيْنِ» أما بعد تمام الحولين، فلا حاجة إلى التوافُقِ، ولكلٍّ واحدٍ منهما ذلك؛ على ما ذكرنا، كذلك أورده صاحب «التهذيب» وغيره.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلاَ يَتَعَيَّنُ مَا يُضْرَبُ عَلَى العَبْدِ مِنْ خَرَاجٍ مُعَيَّنٍ بَلْ عَلَيْهِ بَذْلُ المَجْهُودِ، وَلاَ يُكَلِّفُهُ السَّيِّدُ إِلاَّ مَا يُطِيقُ، فَإِنْ لَمْ يُنْفِقْ عَلَى عَبْدِهِ بِيعَ عَلَيْهِ، فَإِنْ لَمْ يُرْغَبْ فِي شِرَائِهِ فَهُوَ مِنْ مَحَاوِيجِ المُسْلِمِينَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه مسألتان:

---

(١) يستثنى منه اللبأ الذي لا يعيش الولد إلا به فليس للسيد المنع منه، وقد ذكر الرافعي في زوجة المفقود إذا حضر بعد أن تزوجت وأتت بولد من الثاني وحكمنا ببقاء نكاح الأول أن له منها من إرضاع الولد إلا اللبأ الذي لا يعيش إلا به.

إحداهما: تجوز المُخَارَجَة وهو ضرب خراج معلوم على الرقيق يؤديه كل يوم أو كل أسبوع ممَّا يكتسبه، وليس للعبد أن يَجْبُر السيِّدَ عليها، ولا للسيد إجبار العَبْدِ كعَقْدِ الكتابة، وعن القاضي أبي حامِدٍ تخريجُ قولٍ: أن للسيد إجبارَ العَبْدِ عليها، كما ينقل منافعه على كُرهٍ منه إلى غيره، والمذهب الأول، وإذا تراضيا، فليكن له كَسْبٌ دائمٌ [يفي] بذلك الخراج فاضلاً عن نفقته وكسوته إن جعلهما في كسبه، وإذا وَفَّى وزاد ما يكفيه، فالزيادة مبرة من السيد إلى عَبْدِه وتوسيع للنفقة عليه، وإن ضرب عليه خراجاً أكثر مما يليق بحاله، وألزمه أداءه، منعه السلطان منه.

روي أن عثمان ـ رضي الله عنه ـ قال: «لاَ تُكَلِّفُوا الصَّغِيرَ الكَسْبَ؛ فَيَسْرِقَ، وَلاَ الأَمَةَ غَيْرَ ذَاتِ الصَّنْعَةِ فَتَكْتَسِبَ بفرجها» ويجبر النقصان في بعض الأيام بالزيادة في بعضها، ولا يخفى أن المُخَارَجَةَ لا تلزم وقوله في الكتاب: «ولا يتعين ما يضرب على العبد من خراج معيَّن» أي لا يلزم العَبْد ذلك، ولا يجبر عليه، ويجوز أن يُعْلَم بالواو؛ للتخريج المذْكُور.

ولا يجوز للسَّيِّد أن يُكلِّف رقيقَهُ من العمل إلا ما يطيقه، ولا يكلِّفه الأعمال الشاقة إلا في بعض الأوقات، ولا ما إذا [ما] قام به يوماً أو يومين، عَجَزَ وضَعُفَ شهراً أو شهرين، وإذا عمل بالنهار، أراحه بالليل، وكذا العكس، ويريحه في أيام الصيف في وقت القيلولة ويستعمله في الشتاء النهارَ مع طرفي الليل، ويتبع في جميع ذلك العادةَ الغالبة، وعلى العبد تَرْكُ الكسل، وبَذْل المجهود.

الثانية: إذا امتنع من الإنفاق على مملوكه، باعَ الحَاكِمُ مالَه في نفقته، وكيف يبيع؟ أيستدين عَلَيْه، فإذا اجتمع عليه شيْءٌ صالحٌ باعه فيه أو يبيع شيئاً فشيئاً؟ حكى القاضي الرويانيُّ فيه وجهَيْنِ[1]، فإن لم يظْهَر له مالٌ، أمره بأن يبيعه أو يُؤَجِّره أو يعتقه، فإن لم يفعل، باعه الحاكمُ أو أجَّره، فإن لم يرغب فيه، أنفق عليه من بيت المال، فإن لم يكن فيه مالٌ، فهو من محاويج المسلمين يقومون بكفايته[2]، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَيَجِبُ عَلَفُ الدَّوَابِّ لِحُرْمَةِ الرُّوحِ، وَإِنْ لَمْ تَجِبْ عِمَارَةُ العَقَارِ وَالدَّارِ، وَيَجُوزُ غَصْبُ العَلَفِ وَالخَيطِ لِجِرَاحِ الدَّابَّةِ عِنْدَ العَجزِ، وَلاَ يَجُوزُ نَزْفُ لَبَنِهَا

---

(١) قال النووي: الثاني أصح.

(٢) وإذا قلنا ينفق عليه من بيت المال فهل يكون قرضاً على سيده من حديث إن بيت المال لا حق فيه لرقيق ولا لكافر أو يكون تبرع من بيت المال من غير رجوع. فيه نظر. وهذا إذا كان الرقيق مسلماً، فإن كان كافراً فهل ينفق عليه من بيت المال يشبه أن يكون كالحر الذمي. وفيه كلام سبق في اللقيط. وقال الجوزي: لا يلزم المسلمين القيام بنفقة الكافر.

بِحَيثُ يَضُرُّ بِنِتَاجِهَا، وَإِذَا أَجْدَبَتِ الأَرْضُ وَجَبَ عَلَفُ السَّائِمَةِ، فَإِنْ لَمْ يَعْلِفْ بِيعَتْ عَلَيْهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: من ملك دابّةً لزمه علفها وسقْيُها؛ لحرمة الرُّوح، ويقوم مقام السَّقْي والعَلَفِ تخليتها؛ لترعى، وترد الماء، إن كانت مما يَرْعَىٰ ويجتزىء به لخصيب الأرض، ولم يكن مانعُ ثلجٍ وغيره، فإن أجدبت الأرض، وكانت لا تجتزىء بما ترعى، فعليه أن يُضِيفَ إلَيْه مِن العَلَف ما يكفيها، ويطرد ذلك في كل حيوانٍ محترمٍ، وقد ثبت عن رسول الله ﷺ أنه قال: «عُذِّبَتِ امْرَأَةٌ فِي هِرَّةٍ مَسكَتْهَا حَتَّىٰ مَاتت مِنَ الجُوعِ، فَلَمْ تَكُنْ تُطْعِمُهَا وَلاَ تُرْسِلُهَا فَتَأْكُلَ مِنْ خَشَاشِ الأَرضِ»[1] وخِشَاش الأرْض هوامُّهَا بفتح الخاء وكسره، فإن امتنع المالك من ذلك أَجْبَرَه السلطَانُ في المأكول على بيعها أو صيانتها عن الهلاك بالعلف أو التخلية أو ذبحها، وفي غير المأكول على البَيْع أو الصيانَة، فإن لم يفعل، ناب الحاكِمُ عنه في ذلك على ما يراه ويقتضيه الحالُ، وعن أبي الحُسَيْن: أنه لا يخليها لخَطَرِ الذئب وغيره، فإن لم يُعْرَفْ له مالٌ، باع الدابَّةَ أو جزءاً منها، أو إكراهاً، فإن لم يرغب فيها لعَمًى أو زمانةٍ، أنفق عليها من بيْت المال، ولا تُضيع كالرقيق، وبهذا كلِّه قال أحمد، وقال أبو حنيفة: لا يجبره السلطان على العَلَف ولا يبيع ماله فيه، ولكن يأمره به عَلَىٰ سبيل الأمر بالمعروف.

ولا يكلف الدابّة ما لا تطيقه من تثقيل الحمل وإدامة السير وغيرهما، ويجوز غصب العَلَف لإبقاء الدابة، إذا لم يوجَدْ غيره، ولم يبعه المالك، وكذا غصب الخيط؛ لجراحتها، وذكر فيها وجه، والظاهر الأول، وهو كالعدول إلى التيمم، وسقْيها الماء ومسألة الخَيْط مذكورةٌ مرةً في «الغصب» ولا يجوز نزف لبن الدابة بحيث يضر بنتاجها، وإنما يحلب ما يفضل عن رِيِّ ولدها.

قال القاضي الرويانيُّ: ويعني بالري ما يقيه حتى لا يموت، وقد يتوقَّف في الاكتفاء بهذا، وذكر في «التتمة» أنه لا يجوز الحَلْب، إذا كان يضر بالبهيمة؛ لقلة العَلَف، وأنه يكره ترك الحلب إذا لم يكن في الحَلْب إضرارٌ بها؛ لما فيه من تضييع المال والإضرار بالبهيمة وأنَّ المستَحَبَّ ألاَّ يستقصى في الحَلْبِ، ويُبْقى في الضَّرْع شيء، وأن يقُصَّ الحالبُ أظفاره، كيلا يؤذيها بالقرص.

ويبقى للنحل شيئاً من العسل في الكوارة، فإن كان الاشتيار في الشتاء، وتعذر

---

(١) متفق عليه البخاري [٣٣١٨ ـ ٣٤٨٢]، مسلم [٢٢٤٢] وله طرق من حديث أبي هريرة، ورواه مسلم من حديث جابر، وفي الباب عن عقبة بن عامر وعبد الله بن عمرو، رواهما ابن حبان في صحيحه.

الخروج، فينبغي أن يكون المتبقي لها أكثر، وإن قام شيء مقام العسل لغذائها، لم يتعين إبقاء العسل، وقد قيل: يشوي دجاجة، وتعلق بباب الكوارة، . فتأكل منها.

وديدان القَزِّ تعيش بورق الفرصاد، فعلى مالِكِهَا تخليتها؛ لتأكل منها، فإن عز الورق، ولم يعتن المالك بها، بيع ماله في الورق؛ كي لا يهلك من غير فائدة.

نعم، إذا جاء الوقْت، جاز تجفيفها بالشمس، وإن كانت تَهْلَكُ لتحصيل[1] فائدتها، وأما ما لا روح فيه كالعقار والقنى والزرع والثمار، فلا يجب القيام بعمارتها، ولا يكره ترك زراعة الأرضِ، لكن يكره ترك سقيِ الزَّرْع والأشجار عند الإمكان؛ لما فيه من إضاعة المال، وفي «التتمة»: أنه يكره أيضاً تركُ عمارة الدَّارِ إلى أن تخرب[2]، ولا يكره عماراتُ الدُّورِ وسائر العقارات؛ للحاجة، والأَوْلَىٰ ترك الزيادة، وربما قيل تُكْرَهُ الزيادة.

وقوله في الكتاب: «وإِنْ لم تجب عمارة العقار والدار» الدار داخلةٌ فيِ العقار، ولو قال «كالدار» أو قدم الدار على العقَار، لكان أحسن وقوله: «يجوز غَصْبُ العَلَف» أعلم بالواو. وقوله: «وإذا أجدبت الأرض، وجب علف السائمة» وقد يشير إلى أن المراد مِنْ عَلَف الدواب في قوله أو لا تجب علف الدواب القيام بكفايتها بإسامتها أو تهيئة علفها من البيت، وَبَيَّنَ ها هنا أَنَّه إذا تعذَّرت الإسامة، تعين العَلَف من البيت.

وقوله: «فإن لم يعلف بيعت عليه» لا اختصاص له بهذه الصورة؛ على ما بيَّنَّا [وبالله سبحانه التوفيق والإعانة، هذا آخر ربع النِّكاح].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: تَمَّ رُبْعُ النِّكَاحِ يَتْلُوهُ رُبْعُ الجِرَاحِ وَالحَمْدُ للَّهِ رَبِّ العَالَمِينَ وَالصَّلاَةُ عَلَىٰ سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ أَجْمَعِينَ.

---

(١) وفي مناقب أحمد لابن الجوزي أنه سئل عن تشميس دود القز ليموت في ذلك المنسوج لكيلا يعود فيعرض ما عليه من القز. قال: إذا لم يجدوا منه بدّاً ولم يريدوا بذلك أن يعذبوه بالشمس فلا بأس به.
قال ابن الجوزي: وهذا من فقهه حيث اعتبر في جواز التعذيب عدم قصد نفس التعذيب.

(٢) قال في الخادم: التعليل بإضاعة المال يقتضي التحريم، وقد قطع الرافعي بذلك في مسألة إلقاء المتاع في البحر إلى آخر ما ذكره ثم قال أيضاً، ينبغي أن يختص هذا بالمطلق التصرف، أما المحجور عليه فيجب على وليه عمارة داره وحفظ ثمره وزروعه بالسقي بل في البحر في باب ترجيح الوجوب، وقد حكى الرافعي آخر الوديعة عن فتاوى القفال أنه لو ترك ورق الفرصاد حتى فات وقته ضمن ولم يحك فيه خلافاً ثم قال أيضاً هذا في الطلق. أما الوقف فكلام الرافعي في باب الوقف يقتضي أن الحكم كذلك وحكى فيه الاتفاق، والصواب ما قاله في الذخائر هناك أنه يجب عمارة المشرف على الهلاك كما ينفق على الحيوان قال: وبه قطع العراقيون. قال صاحب الخادم: وهو ظاهر إذا كانت له غلة أو شرط عمارته من جهة أُخرى حاصلة فإنها تجب حفظاً للموقوف عليه على البطون وعملاً بما يقتضيه الوقف من الإنفاق.

كِتَابُ الجِرَاحِ

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **القَتْلُ كَبِيرَةٌ تَتَعَلَّقُ بِهَا الكَفَّارَةُ وَالقِصَاصُ أَوِ الدِّيَةُ، وَالنَّظَرُ فِي القِصَاصِ فِي النَّفْسِ وَالطَّرَفِ، وَمِنَ النَّفْسِ فِي المُوجِبِ وَالوَاجِبِ، وَالمُوجِبُ لِلْقِصَاصِ لَهُ ثَلاثَةُ أَرْكَانٍ: الرُّكْنُ الأَوَّلُ: القَتْلُ وَهُوَ كُلُّ فِعْلٍ عَمْدٍ مَحْضٍ عُدْوَانٍ مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ مُزْهِقًا لِلرُّوحِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هذا الكتاب يُتَرْجَم تارةً بكتاب «الجِرَاح» وأخرى بكتاب «الجِنَايَاتِ» والغَرَضُ لفظ يَشْمَلُ القتل والقَطْع والجرُوحَ الَّتي تُزْهِقُ، وَلاَ تُبِينُ، فإِنَّ للقصاص والدية مدخلاً فيها جميعاً ولا شبهة في شمول لفْظ الجنايات لجميعها، وأما الجِرَاحُ، فهي جمْعُ جِرَاحَةٍ بالكسر، فتتناول الجراحة المزهقة، والمبينة والَّتي لا تُزْهِقُ ولا تُبِينُ، والقتل، وإنْ كان لا ينحصر طريقه في الجراحة، لكنها أغلب طُرُقِهِ، فحسنت التَرْجَمَة بذلك، ويقال جَرَحَهُ جَرْحاً، والجُرْح بالضم الاسم، والجمع جروح، وقَتْلُ النفسِ من غير جريحة محرَّمٌ، بل هو من أعظم الكبائر[1]. قال تعالى: **﴿وَلاَ تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إلاَّ بِٱلْحَقِّ﴾ [الأنعام ـ ١٥١]** وسُئِل رسولُ الله ﷺ: «أَيُّ الذَّنْبِ أَكْبَرُ عِنْدَ اللَّهِ ـ عزَّ وجلَّ ـ فَقَالَ: أَنْ تَجْعَلَ لِلَّهِ نِدّاً، وَهُوَ خَلَقَكَ قِيلَ: ثُمَّ أَيٌّ؟ قَالَ: أَنْ

---

(١) قال النووي: قال البغوي: هو أكبر الكبائر بعد الكفر، وكذا نص عليه الشافعي في كتاب الشهادات في «المختصر» وتقبل التوبة منه. ولو قتل مسلم، ثم مات قبل التوبة، لا يتحتم دخوله النار، بل هو في خطر المشيئة كسائر أصحاب الكبائر، فإن دخلها، لم يخلد فيها خلافاً للمعتزلة والخوارج. والله أعلم.

قال في الخادم: تعبيره بقوله قتل النفس بغير حق جاء مصرحاً به في الحديث الصحيح وهو صريح في شمول الذمي والمعاهد لكن جاء في رواية أخرى. قتل النفس المسلم فيحتمل أن يحمل ذلك على التخصيص وعلى هذا ليس من أكبر الكبائر إلا قتل المسلم بغير حق، وإن كان قتل الذمي والمعاهد حراما، ويحتمل أن يكون من باب إفراد بعض العام بالذكر وهو لا يدل على التخصيص. هذا هو الظاهر إلى آخر ما ذكره واحتماله الأول هو الذي ذكره الأذرعي تفقهاً وهو الظاهر.

تَقْتُلَ وَلَدَكَ خَشْيَةَ أَنْ يَأْكُلَ مَعَكَ»[(١)].

وعن عثمان ـ رضي الله عنه ـ أن النبيَّ ﷺ قال: «لاَ يَحِلُّ قَتْلُ ٱمْرِىءٍ مُسْلِمٍ إِلاَّ بِإِحْدَىٰ ثَلاَثٍ: كُفْرٍ بَعْدَ إِيمَانٍ، وزِنًاَ بَعْدَ إِحْصَان، وَقتلَ نَفْسٍ بِغَيْرِ حَقٍّ»[(٢)].

وفي الخَبَر: «لَقَتْلُ مُؤْمِنٍ أَعْظَمُ عِنْدَ اللَّهِ تَعَالَىٰ مِنْ زَوَال الدُّنْيَا»[(٣)] أيضاً «مَنْ أَعَانَ عَلَىٰ قَتْلِ مُسْلِم، وَلَوْ بِشَطْرِ كَلِمَةٍ، لَقَى اللَّهَ ـ تَعَالَىٰ ـ وَهُوَ مَكْتُوبٌ بَيْنَ عَيْنَيْهِ آيِسٌ مِنْ رَحْمَةِ اللَّهِ» والإجماع منعقِدٌ عليه، ويتعلَّق بالقتل المحرَّم وراء العقوبة الأخروية مُؤَاخَذَاتٌ في الدنيا.

إحداها: القِصَاصُ؛ قال الله تعالى: **﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ﴾ [البقرة ـ ١٧٩]** وقال عز اسمه: **﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى﴾ [البقرة ـ ١٧٨]** وقال ـ عزَّ وجلّ ـ: **﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ [المائدة ـ ٤٥]** قال الأصحاب ـ رحمهم الله ـ: هذا، وإن كان خَبَراً عما في التوراة، لكنْ شرْعُ مَنْ قبلنا شَرْعٌ لنا، إذا لم يَرِدْ نَاسخ له، على رأيِ الأصوليين، وبتقدير أن لا يكون كذلك، فإن وَرَدَ ما يقرِّره، فهو شرعٌ لنا، لا محالة وقد رُوِيَ أن: الرُّبَيِّعَ بِنْتَ النَّضْرِ عمَّةَ أنس بن مالك ـ رضي الله عنهما ـ كَسَرَتْ ثَنِيَّةَ جارِيَةٍ فَأَمَرَ النَّبيُّ ﷺ بالقِصَاصِ، فَقَالَ: «أَخُوهَا أَنَسُ بْنُ النَّضْرِ: أَتُكْسَرُ ثَنِيَّةُ الرُّبَيِّعِ، لا، واللَّهِ، فقالَ رَسُولُ الله ﷺ «كِتَابُ اللَّهِ القِصَاصُ» وليس في كتاب الله تعالى ذكْرُ قِصَاصٍ إلا في هذه الآية.

والثانية: الدِّيَة.

والثالثة: الكفَّارة ولهما بابان مفردان سيأتيان في موضعهما ـ إن شاء الله تعالى ـ والمقصود الآن الكلامُ في القصاص، وأشار بقوله في الكتاب: «والقصاص أو الدية» إلى أنهما لا يجتمعان لا وجوباً ولا استيفاء، وقد يوجَدُ في النسخ «والقِصَاصُ وَالدِّيَةُ» هو صحيح أيْضاً أي يتعلَّقان بالقتل في الجملة، وقدَّمَ الكفارة عليهما في الذِّكْر؛ لأنهما أعم مجالاً، وتجامع كلاً منهما [وقد تنفرد عنهما][(٤)].

---

(١) رواه الشافعي من حديث ابن مسعود وهو متفق عليه البخاري [٤٧٦١] ومسلم [٨٦].

(٢) رواه الشافعي [١٤٢٢] وأحمد والترمذي [٢١٥٩] وابن ماجه [٢٥٣٣] والحاكم [٤/ ٣٥٠] من حديث أبي أمامة بن سهل عنه، وفي الباب عن ابن مسعود متفق عليه البخاري [٦٧٧٨]، مسلم [١٦٧٦] وعن عائشة عند مسلم وأبي داود وغيرهما.

(٣) أخرجه النسائي من حديث بريدة بلفظ: قتل المؤمن أعظم عند الله من زوال الدنيا، وابن ماجه من حديث البراء بلفظ: لزوال الدنيا أهون عند الله من قتل مؤمن بغير حق، والنسائي من حديث عبد الله ابن عمرو، مثله، لكن قال: من قتل رجل مسلم، ورواه الترمذي وقال: روي مرفوعاً وموقوفاً.

(٤) قال الشيخ البلقيني: يستثنى منه ما إذا قتل مرتد مرتداً فإنه يجب القصاص، وإذا اقتضى الحال=

ثم القِصَاصُ لا يختص بالنَّفْس، بل يجري في غير النفس من الأطراف وغيرها، والكلام فيه فَنَّانِ:

أحدهما: في المُوجِب للقِصَاص.

والثاني: في حكم القصاص الواجب استيفاءً تارةً وعفواً أُخْرَىٰ. أما الفَنُّ الأول: فهو مرتَّب على نوعين: قِصَاصِ النَّفْسِ، وقِصَاصِ الأطراف والجراحات.

أما النوع الأول: فللموجب فيه ثلاثةُ أركانٍ، وهي: القَتْلُ والقَتِيلُ، وَالْقَاتِلُ، وإذا كانت هذه الأركان بالصفات المفصَّلة من بعد، تعلَّق بها القصاص، هذا هو الترتيب المسبوق في الكتاب، وكان من حقِّه أن يقول: «والنَّظَر في القِصَاصِ في المُوجِبِ والوَاجِبِ، ومِنَ الموجِبِ في النفس والطرف»، وكذلك فعل في «الوسيط».

وقوله ها هنا: «والنظر في القصاص في النفس والطرف، ومن النفس في الموجب والواجب» لا يلائم موضع التفصيل.

الركن الأول: القَتْلُ قال: «وهو كل فعل عمد مخض عدوان مِنْ حيْثُ كَوْنُهُ مَزهِقاً للروح» ومعناه أن القتل الَّذِي هو ركْنٌ وجوب القصاص ومتعلّقه هذا لا أنَّ كل قتل هذا، وإنما قال فِعْل ليشمل الجُرْح وَغيره، واحترز بقوله: «عمد مخْض» عمَّا ليس بِعَمْد أصْلاً، وعما هو عَمْدٌ من وجه دون وجه، ويُسمَّى شبْهَ العَمْد، وبقوله: «عدوان» عن أنواع القتل الجائز.

وقوله: «من حيث كَوْنُهُ مُزهِقاً للروح» يبيِّن أن هذا الفعل لا بُدَّ وأن يكون مزهقاً، والتقدير: فعل مزهق عدوان، من حيث هو مزهق، وفي هذا القَيْدِ الآخر احتراز عما إذا غَرَزَ فيه إبرةً، ومات في الحال من غير استعقاب أَلَم وورم، فإنه لا يتعلَّق به القِصَاص؛ لأنه ليس بعدوان مِنْ حيث هو مُزهِقٌ؛ لأنه ليس بمَزهق، أو لا يدري هل هو مُزْهقٌ أم لا، وعما إذا استحق حَزَّ رقبته قِصَاصاً، فَقَدَّهُ بنصفَيْنِ، فإنه لا يتعلَّق به القصاص، وإن كان ذلِك عدْواناً؛ لأنه ليس بعدوان مِنْ حيث إنه مزهق، وإنما هو عدوان من حيثُ إنه عَدَلَ عن الطريق المستَحَقِّ إلى غيره، ولَمَّا كانت الحاجة تَمَسُّ في الضبْطِ المذكور إلى تمييز العَمْد عن غيره، وإلى معرفة الفعْل المُزْهِق الذي يتعلَّق به القصاص مباشرةً وتسبُّباً، فإن اسم المزهق يقع على الطريقين جميعاً، وإلى معرفة الحكم، فيما إذا اجتمع الطريقانِ المباشرةُ والسَّبَبُ، وما إذا اجتمعت مباشرتان، وعقد الكلام في هذه المقاصد أربعة أطراف:

= المال ثم يجب ولا تجب الكفارة بقتل المرتد بحال، وقس على هذا ما إذا قتل الزاني المحصن مثله ونحوه فإنه لا تجب الكفارة وإن وجب القصاص.

أحدها: في العَمْدِ به.

والثاني: في بَيَانِ المُزْهِق، وتعلُّق القصاص بالمباشرة والسَّبَب.

والثالث: في اجتماع السَّبَبِ والمباشرة.

والرابع: في اجتماع المباشرتين وأما إذا اجتمع سببان، فالقول فيما يُرَجَّحُ منهما مذكورٌ في «كتاب الدِّيَاتِ».

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **وَالنَّظَرُ فِي أَطْرَافِ الطَّرَفُ الأَوَّلُ فِي العَمْدِ المَحْضِ وَالخَطَأُ مَا لاَ قَصْدَ فِيهِ إِلَى الفِعْلِ كَمَا لَوْ تَزَلَّقُ رِجْلَهُ فَسَقَطَ عَلَىٰ غَيْرِهِ، أَوْ مَا لاَ قَصْدَ فِيهِ إِلَى الشَّخْصِ كَمَا لَوْ رَمَىٰ إِلَىٰ صَيْدٍ فَأَصَابَ إِنْسَاناً، وَالعَمْدُ الَّذِي قُصِدَ بِهِ الشَّخْصُ وَكَانَ مَا قُصِدَ بِهِ مِمَّا يَقْتُلُ غَالِبَاً وَإِنْ كَانَ بِمُثَقَّلٍ لاَ يَجْرَحُ (ح) أَوْ مَا يَقْتُلُ كَثِيراً وَإِنْ لَمْ يَكُنْ غَالِبَاً إِنْ كَانَ بِجَارِحٍ، أَمَّا مَا لاَ يَقْتُلُ غَالِباً وَإِنْ قَتَلَ كَثِيراً كَالسَّوْطِ وَالعَصَا، أَوْ يَقْتُلُ نَادِراً كَغَرْزَةِ الإِبْرَةِ الَّتِي لاَ تُعْقِبُ أَلَماً ظَاهِراً فَلاَ قِصَاصَ فِيهِ، وَإِنْ أَعْقَبَ وَرَماً وَأَلَماً حَتَّى مَاتَ عَقِيبَهُ وَجَبَ القِصَاصُ، وَإِنْ لَمْ يُعْقِبْ وَرَماً وَمَاتَ عَقِيبَهُ فَوَجْهَانِ، وَلَوْ سَقَى غَيْرَهُ دَوَاءً يَقْتُلُ كَثِيراً لاَ غَالِبَاً فَالظَّاهِرُ (و) أَنَّهُ كَغَرْزِ الإِبْرَةِ لِأَنَّ أَغْشِيَةَ البَاطِنِ دَقِيقَةٌ فَتَنْقَطِعُ بِالدَّوَاءِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا صَدَر منه فعلٌ قَتَلَ غيره، وإن شِئْتَ قلْتَ أَهْلَكَهُ، نُظِرَ؛ إن لم يقصد أصل الفعل، كما لو تَزَلَّقُ رجْلُه، فسقط على غيره، فمات أو لم يَقْصِد الشخص المتأثر، وإن قَصَدَ الفعل، كما إذا رمى إلى صَيْدٍ، فأصاب إنساناً، أو قصد إنساناً فأصاب غيره، فهذا خطأٌ محْضٌ لا يتعلّق به قصاص، وإن قصد الفِعْل والشخص معاً، فقد يكون ذلك عمداً محضاً، وقد يكون شبه عمْد، وفي التمييز بينهما عباراتٌ وطرقٌ للأصحاب ـ رحمهم الله ـ.

أحدها: أنه إذا وجد القَصْدَانِ معاً، وعلِمْنا أن الموت حَصَلَ بفعله، فهو عمد موجِبٌ للقصاص، سواءٌ قصد الإهلاك أو لم يقْصِدْه، وسواء كان الفعْل مهلكاً غالباً أو نادراً؛ كقطع الأنملة، وإن تردَّدنا في أن الموت هلْ حَصَل به، فهو شبْهُ عمْدٍ.

والثاني: أنه إن ضربه بجارح، فالحكم كما ذكرنا، وإن ضربه بمثقل، فيعتبر مع ذلك أن يكون مهلكاً غالباً، فإنْ لم يكن مهلكاً غالباً، ومات به، فهو شبْهُ عَمْدٍ، واعترض في «الوسيط» على الطريقة الأولَىٰ؛ بأنه لو ضرب كوعه بعصاً، فتورم الموضع، ودام الألَمُ، حتى مات فإنا نعْلَم حصول الموت به، ولا يجب القصاص، وإنما الواجب فيه الدية على ما قال رسول الله ﷺ: «قَتِيلُ السَّوْطَ والعَصَا فِيهِ مَائَةٌ مِنَ الإِبِلِ».

وعلى الثاني: بأن العمديَّة قضيَّة حسِّيَّة لا تختلف بالجارح والمثقل، وكما يُؤَثِّر الجارح في الظاهر بالشَّقِّ والتخريب، يؤثِّر المثقل في الباطن بالهدِّ والترضيض، وفي كلام الإمام ـ رحمه الله ـ نحو من ذلك، واختار في «الوسيط» بعد الاعتراض طريقةً ثالثةً، وهي التي أوردها [ها] هنا، وهي مشتملة على الفارق بين الجارح والمثقل بالمُعْتَرَضِ عليه، وشرْحُها أن إفضاء الفعْلِ إلى الهلاك علَىٰ ثلاث مراتِبَ غَالِبٍ وكثيرٍ ونادرٍ، والكثيرُ مرتبةٌ متوسطةٌ بين الغالب والنَّادِرِ، ومثَّل ذلك بالصحَّة والمرض والجذام مثلاً، فالصحَّة هي الغالبة في الناس، والجذام نادرٌ ومطلق المَرَضِ ليس غالباً ولا نادراً، فهو الذي نسميه كثيراً، فإن ضَرَبَه بما يُهْلِك غالباً، جارحاً كان أو مثقلاً، فهو عَمْد يتعلَّق به القصاصُ، وإن كان يهلك كثيراً، فكذلك الحُكْمُ، إن كان جارحاً كالسُّكِّين الصغير، وإن كان مثقلاً، كالسوط والعَصَا، لم يتعلَّق به القصاص، وإن كان يهلك نادراً، فكذلك لا يتعلَّق به القصاص، وإن كان جارحاً كغرز الإبرة التي تعقب ألماً، ولا ورماً، وفرق بين الجارح وغيره؛ بأن الجراحات لها نكاية في الباطن، وتأثيراتٌ خفيةٌ يَعْسُر الوقوف عليها، وقد تهلك الجراحةُ الصغيرةُ، ولا تهلك الكبيرةُ الواسعةُ، فنعتبر نفس الجراحة وصلاحيتها، وبأن الجرح هو الطريق الذي يسلكه مَنْ يَقْصِد الإهلاك غالباً، فيناط به القصاص، وإن لم يكُنْ قدر ذلك الجرح مهلكاً غالباً وما لا يجرح، ليس طريقاً غالباً، فيعتبر فيه كونُهُ مهلكاً لمثل هذا الشخص غالباً، فيحتاج فيه إلى النَّظَر والاجتهاد؛ لاختلافه باختلاف الأشخاص والأحوال، والعبارَةُ الدائرة في كلام أكثر الأصحابِ أنَّه إنْ ضَرَبَهُ عمْداً، بما يموت منه غالباً، فمات منه، فقد قتله عمْداً، وإن ضربه عمْداً بما لا يموت منه غالباً، فمات منه فهو شبْهُ[1] عَمْدٍ؛ ويمكن ردُّ هذا وما أورده في الكتاب، واختاره إلى شيْءٍ واحدٍ.

إذا تقرَّر ذلك، فلو جَرَحَه بمحدّد من حديد أو خشب أو حجر أو قصب أو زجاج أو نحاس وغيرها، فمات في الحال أو بَعْد مدَّةٍ بِسِرَايَةِ تلْكَ الجراحةِ، وجَب القصاصُ، والطَّعْنُ بالسِّنَان وغَرْزُ المَسَلَّة كالضرب بالسيف، وهذا في الجراحات الَّتِي لها وقْعٌ وتأثيرٌ، فأما إبانة فَلْقَة خفيفة مِنَ اللحم، فهو كغَرْز الإبرة كذلك، ذكره الإمام ـ رحمه الله ـ، ولو غرز فيه إبرةً، فمات، نُظِرَ؛ إن غرزها في مَقْتَلٍ، وجب القصاص؛ لِخَطَرِ الموضع، وشدة تأثره، ومما عُدَّ من المقتلِ الدماغ والعينان، وأصول الأُذُنَيْن، والحَلْقُ،

---

(١) يشترط مع كونه يقتل غالباً أن يعرف إنه إنسان حتى يخرج ما لو رمى إلى شخص اعتقد أنه نخلة فكان إنساناً لا يكون عمداً على الصحيح بل هو خطأ على الصحيح وبه قطع الشيخ أبو محمد. ذكره الشيخ البلقيني في تصحيح المنهاج واعتبار الشيخ قصد الفعل، والشخص يخرج ما لو رمى إلى شخصين أو جماعة وقصد إصابة أي واحد كأن فاته لا يكون عمداً موجباً للقصاص.

وثُغْرَةُ النَّحْرِ، والأَخْدَعُ، وهو عرق في العُنُقِ، والخاصرة، والإحليل، والأنثيان والمثانة، والعجان[1]، وإنْ غَرَزَهَا في غَيْرِ المقتل، نُظِرَ؛ إن ظهر أَثَرُ الغَرْزِ؛ بأن تورَّم الموضع للإمعان في الغرز، والتوغل في اللحم، وبقي متألماً ضمناً إلى أن مات، وجب القصاص بظهور أثر الجناية وسرايتها إلى الهلاك، وإن لم يَظْهَر له أثر وتورم، ومات في الحال، ففيه وجهان:

أحدهما، وبه قال أبو إسحاق وأبو الطيِّب بن سلمة: يجِبُ القصاص كالجراحات الصغيرة بغير الإبرة؛ وهذا لأن الجراحات لا يُضْبَط مورها ونكايتها في الباطن؛ فَيُدَار على ظاهر الجرح، ولأن في البَدَن مقاتل خفية سوى المقاتل الظاهرة، فالمَوْتُ بَعْدَ الغرز يشعر بإصابة الجِرَاحَةِ بعْضَ تلك المقاتل، ويُرْوَىٰ هذا عن أبي حنيفة، وذكر القفَّال أنه الأصح.

والثاني: وبه قال ابن سُرَيْج والإصطخريُّ، وأبو علي بن خيران، والطبري: أنه لا يجب القصاصُ؛ لأنه لا يُفْضِي إلى الهلاك غالباً من غير سراية وتورُّم، فأشبه السوط الخفيف، وهذا ما اختاره القاضيان الطبريُّ والرويانيُّ، وذكر في «العدة»: أنه المذهب، وطرد طارِدُون؛ منهم القاضي ابن كج وابن الصباغ الوَجْهَيْنِ فيما إذا تورَّم الموضع، ودام الألم إلى الموت، وقالوا: الفعل في نفسه لَيْسَ مما يقصد به الهلاك، فإنه دون الفَصْد والحجامة اللَّذَيْنِ يُقْدِمُ عليهما الناس بالاختيار، ولا يَعُدُّونهما قتلاً، والوجهان في وجوب القصاص جاريانِ في الدية أيضاً فيما ذكر صاحب «العدة» وغيره، وذكر في «التهذيب» على الوجه الذاهب إلى نفْي القِصاص: أنه شبْهُ عَمْدٍ وهو أوْلَىٰ وفي «الرقم» للعبادي: أن الغرز في بدن الصغير والشيخ الهم وَنِضْوِ الخلقة، يوجب القصاص بكل حال، وأن الفرق بين المقتل وغير المقتل في حقِّ الكامل المعتَدِل الحال والأعضاء، ولو غرز الإبرة في جلدة العقب ونحوها، ولم يتألَّم به، فلا قصاص[2] ولا دية، للعِلْم بأنه لم يمت منه، والموت عقيبه موافقةُ قَدَرٍ، فهو كما لو ضربه بقلم أو أَلْقَىٰ عليه خرقةً، فمات، ولو ضرب إنساناً بمثقل كبير يهلك غالباً؛ كالحجر والدبوس الكبيرين، أو حرقه أو صلبه أو هَدَمَ عليه جداراً أو سقفاً أو أوطأه دابة أو دفنه حياً أو عصر خصيتيه عَصْراً شَديداً، فمات، فعليه القصاص، وبه قال مالك وأحمد، وعند أبي حنيفة: لا قصاص، إلا إذا جرحَهُ بمحدَّد أو حرقه.

---

(١) وهو ما بين الخصية والدبر.

(٢) وما جزم به من عدم الضمان تبع فيه صاحب التهذيب والإمام والغزالي لكن القاضي الحسين ألحقه بغير القتل فقال فيه ما سبق فيها، وحمله في المطلب على ما إذا أدخلها في اللحم فلا منافاة حينئذ بين النقلين، لكن قضية إطلاق العراقيين ما قاله القاضي.

لنا: ما روي أن يهودياً رضَّ رأسه جارية بين حجَرَيْنِ، فَقَتَلَهَا فَأَمَرَ النَّبيُّ ﷺ برض رَأْسِهِ بَيْنَ حَجَرَيْنِ وأيضاً، فقد تعمد إهلاكه بما يهلك غالباً، فأشبه القتل بالمحدَّد، وأيضاً، فلو أسقطنا القِصَاص لاتخذه أولو العرامة والفساد ذريعةً إلى إهلاك [الناس]، وإن ضربه بسوطٍ أو عصاً خفيفةٍ أو رماه بحَجَرٍ صغيرٍ، فإن وَالَىٰ الضرباتِ، حتى مات أو اشتد الألم وضعف، وبَقِيَ ضمناً إلى أن مات، وجب القصاص[1]، وإن لم يوال واقتصر على سوط أو سوطَيْنِ، فإن ضربه في المقتل، أو في شدة الحَرِّ أو البرد المعينَيْن على الهلاك، أو كان المضروبُ صغيراً أو ضعيفاً بأصْل الخلقة، أو بعارض علَّةٍ، فكذلك؛ لأنه يهلك غالباً في هذه الأحوال، ولهؤلاء الأشخاص، وإن لم يكن شيْءٌ من ذلك ومات، فهو شبه عمد، ولو خَنَقَهُ أو وَضَع يده عَلَىٰ فيه أو مخدة ونحوها، حَتَّىٰ مات بانقطاع النفسِ، فعليه القصاص، وإن خلاَّه وهو حيٌّ، فكذلك، إن انتهى إلى حالة حركة المذبوح أو ضَعُف، وبقي متألماً إلى أن مات، فإن زال ما أصابه من الضعف والألم، ثم مات فقد انقطع أثر ذلك الفعْل، وإن كانت مدَّة الإمساك [على الفم] قصيرةً، لا يموت مثلُه في مثْلِها غالباً، فهو شبه عمد، وألحق الضَّرْب بجمع الكَفِّ بالضَّربْ بالعصَا الخفيفة.

وقوله في الكتاب: «كما لو تَزْلَقُ رجلُهُ» في بعض النسخ زلق وهما واحد، وفي معناه ما إذا تولَّد مِنَ اضطرابِ يَدِ المرتعش هلاك.

وقوله: «وإن كان بمثقل لا يجرح» أعلم بالحاء؛ لأن المقصود ضبط العَمْد الذي يتعلَّق به القصاص، ونفى أبو حنيفة تعلُّقه بالمثقل.

وقوله: «أما ما لا يقتل غالباً وإن قتل كثيراً» يعني من غير الجارح.

وقوله: «أو يقتل نادراً» أي من الجارح.

وقوله: «كَغَرْزَة الإبرة الَّتِي لا تُعْقِبُ أَلَماً ظَاهِرَاً» أي التي لا يعقب غَرْزُها، ولو قال: «الذي لا يعقب» لرجع إلى الغرز المتلفظ به، كان أَوْلَىٰ وأشار بقوله: «لا تعقب ألماً ظاهراً» إلى الغرز في الجِلْد الخَشِن الذي لا يُؤْلِم، والمراد من الظاهر الشَّديدُ، ولا عبرة بالألم الخفيف الذي لا وقْع له ولا تأثير.

---

(١) ما جزم به من القصاص في الثانية يخالف كلام الشافعي في الأم فإنه قال: ولو ضربه بالسياط على خاصرته أو بطنه أو على بدنه ضرباً متتابعاً أو على ظهره المائة والمائتين أو على أليتيه فإذا فعل هذا فلم يقلع عنه إلا ميتاً أو مغمى عليه ثم مات ففيه القود. انتهى.
وهو يفهم أنه إذا أقلع عنه قبل أن يموت وقبل أن يغمى عليه ثم بقي متألماً إلى أن مات لا قصاص فيه.

وقوله: «وإن أَعْقَبَ ورماً وألماً حتى مات عَقِيبَهُ وجب القصاص» يجوز إعلامه بالواو؛ لطريقة مَنْ طَرَدَ القولَيْنِ مع ظهور أثر الغرز بالتورم، ولو لم يتعرَّض للألم، لم يَضُرَّ؛ لأن الورم لا يَخْلُو عن الألَمِ بخلاف عكْسه.

وقوله: «وإن لم يعقب ورماً ومات عقيبه» هكذا صور في المسألة، ويُشبه أن لا يفترق الحال بين أن يتألم، ويموت في الحال، وبين أن يستمر التألُّم، ويموت بعد مدة، بل وجوب القصاص، إذا توالت الآلام أوْلَىٰ؛ لتأثيرها في الضعف والسراية، وكان سبب التصوير فيما إذا ماتَ في الحال؛ أنه إذا لم يمُتْ، والألم دائمٌ، فالغالب حدوثُ التورُّم ويتبين الألم على البَشَرَةَ، فتكون عين الصورة السابقة، وأما قوله: «وإن سَقَىٰ غَيْره دواءً يقتل كثيراً لا غالباً» إلى آخره فالمقصود منه أن الأئمة تكلَّموا في أنه لو سقاه دواءً أو سُمّاً لا يُوَحِّي ولا يقتل غالباً، لكنه يقتل كثيراً، فيكون ذلك كالضرب بالمثقل، أو كالجارح.

قال الإمام: والذي حصَّلته من قول الأصحاب: أنه كغرز الإبرة في غير المقتل؛ لأنه يلقى في الباطن أغشية رقيقة يجرَحُها، وتنقطع هي به، فيشبه تأثيره تأثير الجارح في ظَاهِرِ البَدَن، ووجه إلحاقه بالمُثقلات سلامةُ الظَّاهِرِ عن الخراب.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ حَبَسَهُ وَجَوَّعَهُ حَتَّى مَاتَ وَجبَ القِصَاصُ، وَكَذَا لَوْ قَتَلَهُ بِالسِّحْرِ (ح و) وَاعْتَرَفَ بِأَنَّ سِحْرَهُ يَقْتُلُ غَالِباً، وَإِنْ قَالَ: يَقْتُلُ نَادِراً فَلاَ قِصَاصَ، وَالكَثِيرُ غَيْرُ النَّادِرِ وَالغَالِبِ إِذِ المَرَضُ كَثِيرٌ وَلَيسَ بِغَالِبٍ وَلاَ نَادِرٍ، وَلَوْ كَانَ بِهِ بَعْضُ الجُوعِ وَحَبَسَهُ حَتَّى مَاتَ جُوعاً فَإِنْ عَلِمَ جُوعَهُ لَزِمَهُ القِصَاصُ كَمَا لَوْ ضَرَبَ مَرِيضاً ضَرْباً يَقْتُلُ المَرِيضَ دُونَ الصَّحِيحِ، وَإِنْ كَانَ جَاهِلاً بِجُوعِهِ وَجَبَ القِصَاصُ فِي أَحَدِ القَوْلَيْنِ (و)، فَإِنْ لَمْ يُوجِبِ القِصَاصُ وَجَبَ كُلُّ الدِّيَةِ فِي قَوْلٍ، وَنِصْفُهَا فِي قَوْلٍ إِحَالَةً لِلْهَلاَكِ عَلَى الجُوعَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه مسألتان:

إحداهما: إذا حبسه في بيْت، فمات جوعاً أو عطَشاً، نُظِرَ؛ إن كان عنده الطعامُ والشرابُ، لكنه لم يتناولْهُ خوفاً أو حزناً، أو أمكنه طلبه، ولو بالسؤال؛ فلم يفعل، لم يجب على مَنْ حبسه قِصاصٌ ولا ضمانٌ، والمحبوسُ هو الذي قَتَل نفْسَه، وإن منعه من الطعام والشراب ومنعه منَ الطلب، حتى مات، نظر؛ إن مضت مدة يموت مثله فيها غالباً من الجوع أو العطش، فعليه القِصَاص، وتختلف المدة باختلاف حال المحْبُوس قوةً وضعفاً، والزمان حرّاً وبَرْداً، [فإنَّ] فقد الماء في الحرِّ ليس كهو في البرد، وإن لم تَمْضِ هذه المدَّةُ، ومات، فإن لم يكن به جوعٌ وعطشٌ سابقٌ، فهو شبه عمد، وإن كان به بعضُ الجوع أو العطش، ففيه طريقان:

أظهرهما: وهو المذكور في الكتاب: أنه إن علم الحابس جوعه السابقَ، لزمه القصاص؛ لظهور قصد الإهلاك، وإن لم يعلمه، فقولان:

أحدهما: أنه يجب أيضاً كما لو ضرب مريضاً ضرباً يهلكه، ولا يهلك الصحيح، وهو جاهل بمرضه.

وأصحُهما: على ما ذكر صاحب «التهذيب» [وغيره]: المنع؛ لأنه لم يَقْصِد إهلاكه، ولا أتى بما هو مُهْلِك وشبه ذلك بما إذا دَفَع إنساناً دفعاً خفيفاً، فسقط على سِكِّين وراءه، وهو جاهلٌ، لا يلزمه القصاص، وفي مسألة ضرب المريض: وجهٌ يأتي منْ بَعْدُ، وبتقدير التسليم، وهو الصحيح، فقد فُرِّق بينهما بأن الضَّرْب ليس من جنْس المرض، فيمكن إحالة الهلاك عليه، والجوعُ من جنس الجوعِ، والقدر الذي يتعلَّق منه بصنعه، لا يمكن إحَالَةُ الهلاكِ علَيْهِ، حتى لو ضعُفَ من الجوع، فضربه ضرباً يقتل مثْلَهُ، وجب القصاص.

والطريق الثاني: أنه إن كان جاهلاً، فلا قصاص قطعاً، وإن كان عالماً، ففيه قولان، فإن أوجبنا القِصَاصَ، فتجب الدية بتمامها، دية العمد إن كان عالماً ودية شبه العمد، إن كان جاهلاً، وإن لم نوجَبِ القصاصُ، فقد حكى صاحب الكتاب وغيره في الدية قولين:

أحدهما: أنها تجب بتمامها، وإنما أسقطنا القصاص للشبهة.

والثاني: تجب نصْفُ ديةِ العَمْدِ أو شبْه العمد؛ لحصول الهلاك بالجوعَيْن معاً، وخروج أحدهما عن صنعه، وهذا ما أورده أكثرهم؛ تفريعاً على أنه لا يجب القِصَاصُ، وشُبِّهَ الخلاف بالخلاف فيما إذا وَضَعَ في السفينة المُشْرِفَةِ على الغرق لثقلها متاعاً زائداً فَغرقت، يجب علَيْه كلُّ الضمان أو بعْضُه.

ولو منعه الشرابَ دون الطعام، فلم يأكل المحبوسُ خوفاً من العطش، فمات، فلا قصاص، وحكي أبو الحَسَن العَبَّاديُّ عن القفَّال: أنه يجب الضمان، وعن غيره: المنع؛ لأنه المُهْلِكُ لنفسه، وهذا ما أورده صاحب «التهذيب» ولو راعى المحبوسَ بالطعام والشراب؛ لكنه مات في الحبس، فإن كان عَبْداً ضَمِنَهُ باليد، وإن كان حرّاً، فلا ضمان، سواءٌ مات حتْفَ أنْفِهِ أو بانهدامِ سَقْفٍ أو جدارٍ عليه أو بِلَسْعِ حيَّةٍ أو عَقْرَبٍ.

وعن أبي حنيفة: أنه يجب الضمان، إن كان صغيراً أو كان الموت بسببٍ؛ كانهدام أو لَسْعٍ، ولو حبس إنساناً وعراه حتى مات برْداً، فهو كما لو حبسه ومنعه الطعام والشرابَ، ذكره القاضي الحُسَيْن[1] ـ رحمه الله ـ ولو أخذ زَادَهُ أو ماء أو ثيابه في

(١) وعجيب في اقتصاره على القاضي والمسألة منصوصة في الأم.

مفازة، فمات جوعاً أو عطَشاً أو بَرْداً، فلا ضمان؛ لأنه لم يُحْدِث فيه صُنْعاً.

المسألة الثانية: إذا سحر الساحر إنساناً، فمات، سئل عن سحْره، فإن قال: قَتَلْتُهُ بسِحْري، وسِحْرِي يقتل غالباً، لزمه القصاص[١]، وإن قال: قد يقتل، لكنِ الغالبُ أنه لا يَقْتُلُ، فهذا إقرارٌ منه بشِبْهِ العمد، وإن قال: قصدتُ غيره، فتأثر به؛ لموافقة الاسم الاسْمَ، فهذا إقرارٌ منه بالخَطَأ، وفي الحالتين ديةُ شبه العمد أو الخَطَأ تكون في ماله، لاَ على العاقلة، إلا أن يُصدِّقوه، فإن إقْرَارَه لا يلزمهم، وسنعود إلى الكلام في القَتْل بالسِّحْر في «كتاب الديات» ثم في «كتاب دعوى الدم» إن شاء الله تعالى، وفي «المختصر» باب مفرَدٌ به هنالك.

وقوله في الكتاب: «وكذا لو قتله بالسحر» يجوز أن يعلم بالحاء؛ لأن عنده لا قصاص في القتل بالسحر؛ بناء على أصله في القتل بغَيْر الجارح، ويجوز أن يُعْلَم بالواو، لوجه مذكور في الموضع المُحَالِ عليه ذَاهب إلى أن السِّحْر لا حقيقةَ له، [فلا قصاص فيه] وإنما قال واعترف بأن سحره يقتل غالباً؛ لأن القتل بالسحر لا يثبت إلا بالإقرار، ولا مَدْخَل فيه للشهادة على ما سيأتي - إن شاء الله تعالى -.

وقوله: «والكثير غير النادر والغالب» إلى آخره، قد ذكَرْناه في الفصْل السابق، وكان إيراده هناك أوْلَىٰ من تأخيره إلى هَذَا الموضع.

وقوله: «فإن علم جوعه لزمه القصاص» وقولُه: «في أحد القولين» فيما إذا كان جاهلاً، يجوز أن يُعْلَمَا بالواو؛ للطريقة المثبتة للخلاف في حالة العِلْمِ القاطعةِ بنَفْي القصاص في حالة الجَهْل.

وقوله: «كما لو ضرب مَرِيضاً ضرباً يقتل المريض دون الصحيح» فليس عليه حالة العلم ولا خلاف في وجوب القصاص، إذا علم الضاربُ أنه مريضٌ، فأما إذا جهل مرضه، فقد ذكره في الكتاب من بعد، ومسألة التجْوِيع أورد بعْضَها قَبْل مسألة السِّحْر، وبعضها بعْدها، ولو لَفَّق بينهما ولم يُخَلِّلهما بمسألة السِّحْر، لكان أحسن.

فَرْعٌ: لو ضربه اليوم ضَربةً وغداً ضربةً أُخْرَىٰ وهكذا؛ فَرَّق عليه الضرباتِ، حتى مات، فقد حكى القاضي ابن كج فيه وجهَيْن؛ لأن الغالب السلامة عند تفريق الضربات، وعن المسعوديِّ: أنه إذا ضربه ضربةً واحدةً، ولم يكن على قصْدِ أن يزيد عليها، فشتمه فضربه ضربةً أُخْرَىٰ، ثم شتمه فضربه ضربةً أُخْرَىٰ، حتى قتله، فلا ضمان؛ لعدم الموالاة، وينبغي ألا ينظر في الباب إلى صورة الموالاة، ولا تُقدَّر مدة

---

(١) في حاشية الأصل: في مسألة الاسيتفاء من الجاهل ذكر أنه لو اقتص منها قبل استغناء الولد بلبن غيرها فمات الجنين أنه يجب الضمان وأنه أورد على ابن أبي هريرة مسألة المفازة فليوقف في الفرق.

التفريق، ولكن يُنْظَر إلى بقاء أثر الضَّربةِ السابقَةِ والآلام الحاصِلَةِ بها، فإن بَقِيَتْ، وضَرَبَ ضربةً أُخرَىٰ، فهو كما لو وَالَىٰ، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الطَّرَفُ الثَّانِي فِي بَيَانِ الْمُزْهِقِ وَهُوَ إِمَّا شَرْطٌ مَحْضٌ كَحَفرِ البِئْرِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى التَّرَدِّي إِذِ التَّرَدِّي عِلَّتُهُ التَّخَطِّي وَلَكِنَّهُ عِنْدَ الحَفرِ لاَ بِالحَفْرِ، وَإِمَّا عِلَّةٌ كَالجِرَاحَاتِ القَاتِلَةِ فَإِنَّهَا تُوَلِّدُ السِّرَايَةَ وَالسِّرَايَةُ سَبَبُ المَوتِ، وَإِمَّا سَبَبٌ فَلاَ يَتَعَلَّقُ القِصَاصُ بِالشَّرْطِ وَيَتَعَلَّقُ بِالعِلَّةِ، وَالسَّبَبُ هُوَ الَّذِي لَهُ أَثَرٌ مَا فِي التَّوْلِيدِ كَمَا لِلْعِلَّةِ وَلَكِنَّهُ يُشْبِهُ الشَّرْطَ مِنْ وَجْهٍ فَهَذَا عَلَى ثَلاَثِ مَرَاتِب. الأُولَىٰ الإِكْرَاهُ فَإِنَّهُ يُوَلِّدُ فِي المُكْرَهِ دَاعِيَةَ القَتْلِ غَالِبَاً فَيَتَعَلَّقُ بِهِ القِصَاصُ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الفعل الذي له مدخل في الزهوق إما أن لا يُؤَثِّر في حصول الزهوق، ولا في حصول ما يُؤَثِّر في الزهوق ويُحَصِّلُه، وإما أن يؤثر في الزهوق، ويحصله، وإما أن يُؤَثِّر في حصول ما يؤثر في الزهوق ويحصله أما الأول، فَكَحَفْر البئر، مع الرَّدى، أو التردية أو كالإمساك مع القتل، فإنَّ الحفر له مدْخَلٌ في الهلاك، ولولاه، لَمَا حَصَلَ الهلاك بهذا الطريق، لكنه لا يُحَصِّل الزهوقَ ولا ما يحصل الزهوق، فإن المُحَصِّل للزهوقِ التَّرَدِّي في البئر ومصادفتها، والحفرُ لا يؤثر فيه، إنما المُؤَثِّر فيه التخطِّي والحركةُ في ذلك الصوب.

وأما الثاني: وهو الذي يؤثِّر في الزهوق ويَحَصِّله؛ كالقَدِّ والحَزِّ والجراحات السارية.

وأما الثالث: فالإكراه المؤثِّر في القَدِّ والحَزِّ وعبر صاحب الكتاب عن القسم الأول بـ«الشرط» وعن الثاني بـ«العلة»، وعن الثالث بـ«السبب»، ولا يتعلَّق القِصَاص بالشَّرْط ويتعلق بالعلَّة، وكذا بالسبب على تفْصِيلٍ واختلافٍ سيظهر، وها هنا كلامان:

أحدهما: ذكَرْنا في «باب الغصب» أن صاحب الكتاب لم يَفِ برعاية هذا الإصطلاح في الشرط والسبب، وسمي الحَفْر سبباً في غير هذا الموضع من الكتاب.

والثاني: قال في «الوسيط» ما يَحْصُلُ الموت عقيبه ينقسم إلى علَّةٍ وشَرْطٍ وسببٍ، وليحمل على ما يَحْصُل الموت عقيبه من الأفعال التي لها مدخل في الزهوق، وله تعلُّق بها وإلاَّ، فالقسمة غير حاضرة، ثم قال: العلة ما تُوَلِّدُ الموْتَ، إما بغير واسطة، كحز الرقبة، وإما بوسائط؛ كالرمْي؛ فإنه يُولِّد الجُرْح، والجُرْح يولِّد السراية، والسرايةُ تولِّد الموت، ولك أن تقول: الروح غير متناوَلٍ باليد ولا بالسَّيْف والسَّهْم، والجراحةُ الحاصلةُ بسهم الرامي كالجراحةِ الحاصلةِ بسَيْف المجيل والمُحَرِّك، [له] فإن صدَقَ القَوْلُ بأن الرمْيَ يولِّد الجُرْحَ، والجرحُ السرايةَ، والسرايةُ الموْتَ، وكان ذلك

مولداً للموت بوسائط صدَقَ القوْلُ بأن تحريك السيف في جهة الشخص، وإصابته تولِّد الجراحة، والجراحةُ السرايةَ والسرايةُ الموت، حتى يكون ذلك مولداً للموت بوسائط. ولا فَرْقَ بينهما إلاَّ أن الجراحة بالحَزِّ أوحى، ثم إذا كانت العلَّة ما تُولِّد الموت بوسائط أو بغَيْر واسطة، دَخَلَ في تفسيرها ما عَدَّه سبباً، لا علَّةً، كالإِكْرَاه؛ فإنه يولد الضرْبَ بالسيف أو الرمْيَ من المكره، وهو مولدٌ للموت.

وقوله في الكتاب: «في بيان المزهق» ليُحْمل لفظُ المُزْهِقِ على ما له مَدْخَلٌ في الزُّهُوق إلا على حقيقته، وهو الفعْل المفيد للزهوق، وإلا لم يدْخُل الحَفْر فيه.

وقوله: «والسبب هو الَّذِي له أَثَرٌ مَا في التَّوْلِيدِ كما للعلة ولكنه يشبه الشَّرْط من وجْهٍ» معناه أن السبب يُشَارِك العلة في مُطْلَق توليد الموت، إلا أن توليد السبب بواسِطَةٍ، وتوليد العلة بلاَ واسِطَةٍ ويُشْبِه الشَّرْطَ من حيث إنه لا يولد الموت نفسه، وقد يوجد ويتخلف عنه الموت، ويمكن أن يفرق بين السَّبَب والمباشرة؛ بأن المتسبب إلى القتل هو الذي يصْدُقُ أن يقال فيه إنه ما قَتَل، لكنه أَمَرَ به أو حَمَلَ عليه أو سَلَكَ الطريق المفضي إليه، وما أشبه ذلك، والمباشِرُ هو الذي لا يَصْدُق فيه هذا الكلام، ثم إنه جَعَلَ السبب على ثلاث مراتب.

إحداها: الإكراه، فإذا أكره إنساناً على قتل آخر بغير حق، فقتله، وَجَب القصاص على المُكْرِهِ؛ ووُجِّه بأنه أهلكه بما يقصد به الهلاك غالباً، فأشبه ما إذا رَمَىٰ إلى إنسانٍ فقتله؛ وهذا، لأن الإكراهُ يولِّد داعية القتل في المُكْرِه غالباً؛ ليدفع الهلاك عن نفسه، فيتعلَّق به القصاص.

وحكى الشيخ أبو عاصم العبَّادِيُّ، عن شيخه الأستاذ أبي طاهر عن شيخه الأستاذ أبي الوَلِيدِ عن شيخه ابن سُرَيْجٍ ـ رحمة الله عليهم ـ: أنه لا قِصَاصَ عليه؛ لأنه متسبِّب، والمُكْرَهُ مباشرٌ مأثومٌ بفعله، والمباشرة تتقدَّم على السبب، وقد يوقف هذا على أبي الوليد، والمذهب المشهور الأوَّل، والكلام فيما يكون إكراهاً قد قدَّمناه في الطلاق وأوردنا فيه طرفاً، والذي مال إليه المعتبرون ها هنا ورجَّحوه أن الإكراه في القَتْل لا يَحْصُل إلا بالتخويف بالقَتْل أو ما يُخَاف منه التَّلَفُ؛ كالقطع والجرح والضرب الشديد، بخلاف الطلاق، فإنَّ الإكْرَاه فيه لا ينْحَصِر في ذلك، على الأظهر، وحكْمُ الإكراهِ الصادرِ من الإمام أو نائبه، والصادرِ من المتغلب واحدٌ فيما ذكرناه.

وعن أبي حنيفة أن الإكراه لا يتحقَّق إلاَّ من السلطان.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الثَّانِيَةُ: شَهَادَةُ الزُّورِ فَإِنَّهَا تُوَلِّدُ فِي القَاضِي دَاعِيَةَ القَتْلِ غَالِباً مِنْ حَيْثُ الشَّرْعُ فَيُنَاطُ (ح) بِهَا القِصَاصُ عِنْدَنَا إِلاَّ إِذَا اعْتَرَفَ الوَلِيُّ بِكَوْنِهِ عَالِماً بِتَزْوِيرِهِمْ. فَلاَ يَجِبُ القِصَاصُ إِلاَّ عَلَيْهِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا شهدوا على إنسانٍ بما يُوجِب القتْل إما قصاصاً أو بالرِّدَّة أو بالزِّنَا، وهو مُحْصَن، فحَكَمَ القاضي بشهادتهم، وقتل بموجبها، ثم رَجَعُوا، وقالوا: تعمَّدنا، وعلِمْنا أنه يُقْتَل بشهادَتِنا، لَزِمَهم القصاص[١] خلافاً لأبي حنيفة.

لنا: أنهم تَسبَّبُوا إلى قتله بما يفضى إليه غالباً، فيلزمهم القصاص كالمُكْرِهِ؛ وهذا لأنَّ الشهادة تُولِّد في القاضي داعيةَ القَتْل شرعاً كما أن الإكراه تُولِّدُ الداعية حِسّاً.

قال الإمام: بل الشهادة أبْلَغُ من الإكراه؛ لأن المُكْرَه قد يتحرَّز ويُؤْثِر هلاك نفْسِهِ على سَفْك دَم مُحَرَّم، والقاضي لا محيص له عن الحُكْم بشهادة العُدُول، ولو شهدوا بما يوجِبُ القَطْع قصاصاً أو سرقة، فقَطَعَ، ثم رجَعُوا، فعليهم القَطْع، فإن سرى، فعليهم القِصَاصُ في النفس.

وقد رُوِيَ أن رجلَيْن شهدَا عنْد عليٍّ ـ كرم الله وجهه ـ على رَجُلٍ بسرقةٍ، فقطعه ثم رَجَعَا عن شهادَتِهما، فقال: لو أعلم أنكما تعمَّدتما، لقَطَعْت أيديكما[٢].

وإنْ رَجَع الشهود، وقالوا: لم نعلم أنه يُقْتل بقولنا، أو رجع المزكي أو رجع القاضي، إما مع الشهود أو دونهم أو رجع الوَلِيُّ إما وحده أو معهم، فكُلُّ ذلك سيأتِي في «كتاب الشهادات» إن شاء الله تعالى.

وإنما يجب القصاص على الشهود، إذا أخرجت شهادتهم مباشرة [الولي] القتل عن أن يكون عدواناً، أما إذا اعترف الوليُّ بكونه عالماً بكذبهم، فلا قصاص[٣] عليهم.

---

(١) استشكل التصوير في مسألة الردة لأن الحاكم يجب عليه أن يأمره بالتوبة على أظهر القولين فإذا استتابه فلم يتب وأصر على الامتناع عن كلمة الشهادة فهذا الآن قد ظهرت ردته بامتناعه من الإسلام والنطق بكلمتي الشهادتين فقد قطع إصراره الشهادة على ردته فقتل بنفس الإصرار فينبغي أن لا يجب على الشهود قصاص إذا كان له طريق في دفع القتل بتكذيب الشهود، وأجاب الشيخ البلقيني ما نصه: ولعل صورة المسألة أن يصر على تكذيب الشهود وذلك لا يخلصه في دفع شهادتهم ولا يقتضي أنه كفراً لأن بخلاف من استثنيناه قاصر، وقول المصنف «وعلمنا أنه يقتل بشهادتنا» مثال لا قيد فلو قال أحدهما تعمدت ولم أعلم حال صاحبي وقال صاحبه مثله أو اقتصر كل منهما على قوله تعمدت فإنه يلزمه القصاص كما ذكره المصنف في رجوع الشهود عن البغوي وأقره. (قاله في الخادم).

(٢) رواه الشافعي ومن طريقه البيهقي [١٠/ ٢٥١] أنا سفيان، عن مطرف عن الشعبي بهذا، وإسناده صحيح، وقد علقه البخاري بالجزم، فقال: وقال مطرف ورواه الطبري عن بندار عن غندر عن شعبة عن مطرف نحوه.

(٣) قال الشيخ البلقيني في تصحيح المنهاج: اعتراف الولي بعلمه بكذبهم قد يكون بعد القتل فها هنا يجب عليهم القصاص وهو ظاهر كلام المصنف فإنه عبر بقوله: «إذا اعترف الولي بكونه عالماً بكذبهم» أي حال القتل والمراد بالولي ولي المقتول أما لو اعترف ولي القاتل بأن مورثي قتل=

قال في «الوسيط»: لأنهم لم يلجئوه حِسّاً، ولا شرعاً، فصار قولُهُم شرطاً محضاً، كالإمساك.

وقوله في الكتاب: «شهادة الزور» المراد ما إذا شهدوا ورَجَعُوا، والقصاص يُنَاط برجُوعِهِمْ واعترافهم بالتعمُّد لا يكذبهم، حتى لو تَيَقَّنَّا كذبهم؛ بأن شاهدنا المشْهُود بقتله حَيّاً فلا يظهر وجُوبُ القِصَاص عليهم؛ لجواز أنهم لم يتعمَّدوا.

وقوله: «فيناط به القِصَاصُ عندنا» كلمة «عندنا» على خلاف عادة الكتاب، ثم هي غير مغنية عن الإعلام بالحاء؛ لأنه لا يعرف مِنَ الملفوظ أنه عنْد مَنْ لا يُنَاطُ بها القصاص؟

وقوله: «إلا إذا اعترف الوليُّ بكونه عالماً بتزويرهم» ها هنا يكفي الاعتراف بكذبهم، ويقتضي ذلك وجوبَ القِصَاص عليه، رجَعُوا أو لم يَرْجِعُوا.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّالِثَةُ: ما يُولِّدُ المُبَاشَرَةَ تَوْلِيداً عُرْفِيّاً لاَ حِسِّياً وَلاَ شَرْعِيّاً كَتَقْدِيمِ الطَّعَامِ المَسْمُومِ إِلَى الضَّيْفِ وَحَفرِ بِئْرٍ فِي الدِّهْلِيزِ وَتَغْطِيَةِ رَأْسِهِ عِنْدَ دَعْوَةِ الضَّيْفِ، وَفِي ارْتِبَاطِ القِصَاصِ بِهِ قَوْلاَنِ لِأَنَّ الضَّيْفَ مُخْتَارٌ لَيسَ مُلْجَأً حِسّاً وَشَرْعاً، فَإِنْ قُلْنَا: لاَ قِصَاصَ وَجَبتِ الدِّيَةُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لَمَّا كان التوليد في المرتبة الأُولَى، وهي الإكراه حسيّاً، وفي المرتبة الثانية، وهي الشهادة شَرعيّاً، أشار إلى ذلك بقوله في هذه المرتبة. «توليداً عرفيّاً لا حسيّاً ولا شرعيّاً» والمقصود أنه إذا أوجر غيره سُمّاً صِرْفاً أو مخْلُوطاً، وهو مما يقتل غالباً موجباً أو غير موحٍ، فمات، لَزِمَه القصاص، وإن كان لا يقتل غالباً، وقد يقتل، فهو شبه عمْدٍ لا يتعلَّق به القِصَاص، لكن لو كان المُوجَرُ ضعيفاً لمرض أو غيره ومثْلُهُ يَقْتُلُ مثْلَه غالباً، وجب القصاص؛ هذا هو الظاهر المعروف.

وفي كتاب القاضي ابن كج قوْلٌ أن السمَّ، وإن كان مما لا يَقْتل غالباً، فإذا مات الموجَرُ به، وجب القِصاص، لأن السموم لها نكايات في الباطن؛ كالجراحات، فالموت به كالموت بالجراحة الخفيفة التي لا تَقْتل غالباً.

ولو قال الموجِر: الذي أوجرته كان ممَّا لا يقتل غالباً، ونازعه الوليُّ، فالقول

= وكذب الشهود في رجوعهم.

قال الشيخ البلقيني: فلا قصاص على الشهود قال: ولم يذكر الأصحاب هذه الصورة وإنما ذكروا اعتراف ولي القتيل. الخ.

وهو ظاهر لاعتراف مستحق القصاص بإسقاطه بل بعدم وجوبه.

قول الموجَر مع يمينه، فإن ساعدته بينة على ما يقولُه، حُكِمَ بها، ولا يمين عليه، وإن أقام الوليُّ بينة علىٰ ما يقوله، وجب القصاص، ولو اتفقا على أنه كان من هذا السم الحاضر، وشهد عدلان بأن هذا يقتل غالبَاً، تمَّتِ البينة، ولو قال: لم أعلم كونَه سُمّاً أو كونه قاتلاً غالباً، ونازعه الوليُّ، فقولان:

أحدهما: أنه لا يُلْتفت إلى قوله، ويلزمُهُ القِصَاص، كما لو جَرَحه، وقال لم أعلم أنه يَمُوتُ من هذه الجراحة.

والثاني: المنع؛ لأنه مما يشتبه ويَخْفَىٰ بخلاف الجراحة ورأى القاضي الرويانيُّ الأولَ أظْهَرَ فيما إذا قال: لم أعلم كونَهُ قاتلاً غالباً.

ولو لم يُوجِره السمَّ القاتلَ ولكن أكرهه عليه حتى شرب بنفسه، فعن الداركيِّ وغيره: أن في وجوب القصاص عليه قولين، قال في «العدة»: أصحُّهما: وجوب القصاص والوجه أن يكون هذا كما لو أكرهه، على أنْ يقتل نَفْسَه، وسيأتي ـ إن شاء الله تعالى ـ.

ولو نَاوَلَهُ الطعامَ المسْمُومُ، وقال: كُلْه، أو قَدّمه إليه وأضافه به، فأكله ومات، فإن كان صبيّاً أو مجنوناً، لزمه القصاص، سواء قال لهما: إنه مسموم قاتِلٌ، أو لم يقل، وبمثله أجابوا في الأعجميِّ الذي يعتقد أنه لا بُدَّ من الطاعة في كلِّ ما يشار عليه به، ولم يفرقوا بين الصبيِّ المميِّز وغيره، ولا نَظَروا إلى الخلاف في أن عَمْدَ الصَّبيِّ عمْدٌ أو خطأ، وللنَّظَرَيْن مجالٌ وإن كان بالغاً عاقلاً، فإن بَيَّن له حال الطعام، فلا شيء على المُنَاوِل والمقدِّم، والآكِلُ هو الذي أهْلَك نفسه، وإن لم يبيِّن، ففي القصاص قولان مرويَّان عن «الأم» وهما جاريان فيما إذا غطَّى رأْسَ البئر في دهليزه، ودعا إلى داره ضيفاً، وكان الغالب أنه يَمُرُّ على ذلك الموضع، إذا أتاه، فأتاه، وهلك به.

أحد القولين: أنه يلزمه القِصَاصُ؛ لأنه تغرير يفضي إلى الهلاك غالباً في شخْصٍ معيَّنٍ، فأشبه الإكراه.

والثاني: المنْع؛ لأنه فعل ما هلك به باختياره من غير إلجاء حسِّيٍّ ولا شرعيٍّ، ورجَّح القاضي الرويانيُّ وغيره الأول من القولين، ومال الإمام وغيره إلى ترجيح الثاني، وهو قياس ما سبَقَ في مسائل التغرير والمباشرة في «كتاب الغصب» وغيره وطرد في «التهذيب» القولَيْنِ فيما إذا قال: كُلْ، وفيه شيْءٌ من السُّمِّ، لكنه لا يَضُرُّ، وفيما إذا جعل السُّمَّ في دَنِّ ماءٍ على الطريق، فشرب منه إنسانٌ، ومات، وليكن الفرض فيما إذا كان طريقَ شخصٍ معيَّنٍ إما مطلقاً أو في ذلك الوقْت، وإلا لم تتحقَّق العمدية به، وإذا قلْنا: لا يجب القِصاص، ففي الدية قولان، حكاهما الشيخ أبو حامِدٍ والقاضي أبو الطيِّب والإمام عن رواية شيخه:

أحدهما: لا يجب أيضاً تغليباً للمباشرة على السبب.

والثاني: يجب لأن تقديم الطعام المسموم يُعَدُّ قتْلاً في مستقر العادة، وهو على كل حال أقوىٰ من حفر البئر، فلا يمكن إحباطه، والقصاص إنما اندفع للشبهة، والأوَّل هو الذي أورده في «التهذيب».

والثاني: أظهر عند الإمام، وهو المذكور في الكتاب، ويقال إن القاضي الحُسَيْن قطع به، وقد يعبر عن الغرض؛ بأن في الدية طريقَيْن:

أحدهما: أنها على قولَي القِصَاص.

والثاني: القطْع بوجُوبِها، ولو دَسَّ السُّمَّ في طعامِ إنسانٍ، فأكله صاحبه جاهلاً بالحال ومات، فطريقان.

أظهرهما: أنه على القولَيْنِ في تقديم الطعام، إذا كان الغالبُ أنَّه يأكل منه، والثاني: القطْع بالمنع؛ لأنه لم يوجَدْ منه تغرير، وحمل على الأكل وإنما الذي وجد منه إتلاف طعامه، فعليه ضمانه، ولو دسه في طعام نَفْسه، فدخل عليه إنسان داره بغير إذنه فأكله، فلا ضمان عليه، فإن كان الرجل ممَّن يدخل دارَهُ، ويأكل انبساطاً، فيجري القولان في القِصَاص، أو يُقْطَع بنفيه حكى الإمام فيه طريقين.

ولْيُعْلَم قوله في الكتاب: «فإن قلنا: لا قِصَاص، وجبت الدية» بالواو؛ للخلاف الذي بيَّنَّاه، وقد ذَكَر الخلاف في الضمان صاحب الكتاب في مسألة الدهليز في «الديات»، وإن لم يورده ها هنا، وفي «الشامل» وغيره نقل طريقةً قاطعةً في مسألة الدهليز تَمْنَعُ القصاص؛ لأنه تتيسر معرفة البئر بخلاف السُّمِّ، ويجوز أن يعلم قوله: «وفي ارتباط القصاص به قولان» بالواو لذلك.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **وَلَوْ جَرَى سَبَبٌ وَقَدَرَ المَقْصُودُ عَلَى دَفْعِهِ فَإِنْ كَانَ السَّبَبُ مُهلِكاً وَالدَّفْعُ غَيرَ مَوْثُوقٍ بِهِ كَتَرْكِ مُعَالَجَةِ الجُرْحِ وَجَبَ القِصَاصُ عَلَى الجَارِحِ، وَإِنْ فُقِدَ المَعْنَيانِ كَمَا لَوْ فَتَحَ عِرْقَهُ فَلَمْ يَعْصِبْ حَتَّى نَزَفَ الدَّمُ، أَوْ تَرَكَهُ فِي مَاءٍ قَلِيلٍ فَبَقِيَ مُسْتَلْقِياً حَتَّى غَرِقَ فَلاَ قِصَاصَ، وَإِنْ كَانَ السَّبَبُ مُهْلِكاً لَكِنَّ الدَّفْعَ سَهْلٌ كَمَا لَوْ أَلْقَىٰ مَنْ يُحْسِنُ السِّبَاحَةَ فِي مَاءٍ مُغْرِقٍ فَلَمْ يَسْبَحْ فَوَجْهَانِ لِأَنَّهُ رُبَّمَا يُدْهَشُ عَنِ السِّبَاحَةِ، وَلَوْ أَلْقَاهُ فِي نَارٍ فَوَقَفَ فَالظَّاهِرُ وُجُوبُ القِصَاصِ لِأَنَّ الأَعْصَابَ قَدْ تَتَشَنَّجُ بِإِلْقَائِهِ فِي النَّارِ فَتَعْسُرُ الحَرَكَةُ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الفصْلُ ثلاثُ مسائلَ نذكرها ثم نعود إلى ما يَتعلَّق بترتيبها وتنزيلها منازِلَها.

الأُولَىٰ: إذا جَرَحَه جراحةً مُهْلِكةً، فلم يعالجْها المجروح، حتى ماتَ، وجَبَ القصاص على الجارح؛ لأن البُرْء غيْرُ موثوق به ولو عالج، والجناية في نفسها مهلكةٌ، وليس كما إذا حَبَسه في بيت، والطعامُ حاضرٌ، فلم يأكلْه حتى مات؛ لأن الحبس بمجرَّده ليس بمُهْلك.

الثانية: لو غرَّقه في ماء فإن أمسكه فيه، حتى مات أو خلاَّه، وفيه حياةٌ، ولكن تألَّم به وبقي ضمناً إلى أن مات، وجَب القصاص، وإن ألقاه في الماء، فمات به نظر؛ إن كان الماء بحيث لا يتوقَّع الخلاص منه كَلُجَّة البَحْر التي لا يمكن الخروجُ منها، ولا تنفع فيها السباحةُ، وَجَبَ القصاص سواءٌ، كان المُلْقَىٰ مِمَّنْ يُحْسِنُ السباحة أو لا يُحْسِنها، وإن كان بحيث يتوقَّع الخلاص منه، فإن كان قليلاً، لا يعد مثله مغرقاً، كما لو كان واقفاً في موضع منبسطٍ، فمكث الملقَىٰ فيه مضطجعاً أو مستلقياً حتى هَلَك[1]، فلا قصاص ولا دية؛ فإنه الذي أهْلَكَ نفْسَه، والإلقاء في مثله يجري على سبيل المداعبة[2]، فلا يعد إهلاكاً.

نعم، لو كَتَّفَه، وألقاه على هيئة لا يمكنه الخلاص، فعليه القِصاص، وإن كان يعد مغرقاً؛ كالأنهار الكبيرة التي لا يتخلَّص منها إلا بالسِّبَاحةِ، فإنْ كان الملْقَىٰ مكتوفاً أو صبيّاً أو زَمِناً أو ضعيفاً، وجب عليه القصاص؛ لأنه مُهْلِكٌ لمثله، وكذا إن كان قوياً لكن لا يحسن السباحة، وإن كان يحسنها، فمَنَعَهُ من ذلك عارضُ موج أو ريح، فلا قصاصَ، والحاصِلُ شبْهُ عَمْدٍ، وإن امتنع من السباحة، ولا مانع حزناً أو لجاجاً، ففي وجوب الدية وجهان أو قولان:

أحدهما: يجب؛ لأنه قد يمنعه من السباحة دهْشَةٌ وعارضٌ باطن وأيضاً، فالإلقاء في الماء المُغْرِق مهلِكٌ، والسباحة حيلةٌ دافعةٌ له، فأشبه ما إذا امتنع من معالجة الجُرْح.

وأصحُّهما: على ما ذكر صاحب «التهذيب» وغيره: المنع؛ لأنه بتَرْكِ السباحة مُعْرِضٌ عما ينجيه يقيناً، متلف نفسه، فصار كإعراض المحبوس عن أكل الطعام، وفيه طريقتان أخريان:

إحداهما: حكى الشيخ أبو محمَّد وآخرون، القطع بعَدَمِ الوجوب.

والثانية: نقَلَها القاضي الرويانيُّ عن القفَّال: القطْع بالوجوب، وتنزيل ترك السباحة منزلةَ ترْك المعالجة، وهذا في الضمان، أما القِصَاصُ، فالمشهور منْعُه، وحكى

---

(١) لم يفرق الشيخ في هذا القسم بين المميز وغيره ولا بين القادر على الحركة وغيره قال في القوت: والظاهر أن المراد والمميز والقادر على الخروج منه.

(٢) في ز: الملاعنة.

الإمام وجهاً: أنه يجب على القَوْل بوجوب الضَّمَان؛ لأنا إذا أوجبنا الضَّمان، ألحقنا تارك السباحة الذي يُحْسِنها بمَنْ لا يحسن السباحة في الضمان، فكذلك في القصاص.

الثالثة: لو ألقاه في نارٍ لا يمكنه التخلُّص منها إما لعظمها أو لكونها في بئر أو وهْدَةٍ، أو لكونه مكتوفاً أو زَمِناً أو صغيراً، فمات فيها أو خرج منها متأثراً متألماً، وبقي ضَمَناً إلى أن مات، فعليه القِصاصُ، وإن أمْكَنه التخلُّص والخروج منها، فلم يفعل حتى هَلَك، ففي الدية قولان منسوبان إلى رواية الرَّبيع، والأصحُّ منهما على ما ذكره القاضيان الطبريُّ والرويانيُّ وصاحب «التهذيب» وغيرهم ـ رحمهم الله ـ: المنع، كما سبق في مسألة الماء، وإذا لم نوجب الدية بتمامها، وجب ضمان ما يتأثر بالنار بأول الملاَقَاة إلى تقصيره وتقاعُدِه عن الخروج من أرش عضوٍ أو حكومةٍ لا محالة، وأما القِصَاصُ، فالمشهور أنه[1] لا يَجِبُ كما ذكرنا في الماء، وفيه وجهٌ حكاه القاضي ابن كج عن أبي الحُسَيْن وجماعةٍ عن القفَّال، ومن تابعه: أنه يجب، وإن لم يجب في مسألة الماء، وفرّقوا بأن النار تُؤثِّر، وتقرح بأول المس، والقُرُوح الحاصلةُ بها جراحات قاتلة، بخلاف ملاقاة الماء، ولذلك يَرِدُ الإنسانُ الماءَ اختياراً، ولا يرد النار، وبأن لفح النار يورث دهشة وحيرة تمنع من الخروج، بخلاف الوقوع في الماء القَليلِ، وهذا ما أجاب به أبو الحسن العباديُّ في «الرقم» وادعى أن بعض البغدادية من الأصْحَاب، نَقَل هذا الجواب إلى «مسألة الماء»، فأوجب فيه القِصَاص، والجواب المعروف في «مسألة الماء» إلى هذه فمنعه وجعلهما على قولَيْن، والجمهور على التسوية بيْن الصورتين، وإلَيْه ذهب القاضي الحُسَيْن ومنع الإمام قال: ولو كانَتِ النارُ بحَيْث تُؤثِّر بأوَّل المس، ويمنع من الخروج، فليست الصورة كالصورة التي يتكلم فيها، وقد يُتصوَّر الإلقاءُ في النار؛ بحيث لا يَتأثَّر البدَنُ في أول الأمر؛ لكثافة الملبوس وغيرها والله أعلم، وأما لفظ الكتاب وترتيب المسائل فاعلم أنه أدرج المسائلَ الثلاثَ في جملةٍ واحدةٍ، فقال: «إذا تسبب إلى ما أفضى إلى هلاك الغير، وتَمَكَّن المقصودُ من الإتيان بما يتوقَّع [منه] دفْعَه، فلم يفعل» فله ثلاث مراتب:

إحداها: أن يكون السبب ما يُقْصَد به الهلاكُ غالباً، ولم يكن طريقُ الدفع موثوقاً به كترك معالجة الجُرْح، فيجب القصاص.

---

(١) قال الشيخ البلقيني: جمع في هذا الكلام بين أمرين لا يجتمعان على اصطلاحه فإنه قال: لا تجب الدية على الأظهر، وإذا انتفت الدية على الأظهر انتفى القصاص فكيف جعل الخلاف في القصاص وجهين وقد نص الشافعي على انتفاء الدية، ونص على انتفاء القود فكان المستقيم في العبارة أن يقول: فلا قصاص على المنصوص المعروف أو على المشهور إن ثبت عنده قولان في القصاص ولا دية على الأظهر.

والثانية: أن يُفْقَدَ المعنيان؛ بأن لا يكون السبب مهلكاً، ويكون الدفع موثوقاً به، كما إذا تَرَكَ المحبُوس تناوُلَ الطَّعَامِ الحاضرِ أو قَصَدَه فلم يَعْصِب العرق، حتى مات أو ألقاه في ماء قليل، فلم يَخْرُجْ، فلاَ قصاص.

والثالثة: أن يكون السَّبب مهلكاً، والدفْعُ سهلاً موثوقاً به، كما إذا ألقاه في ماءٍ مُغْرِقٍ، أو نارٍ، فلم يخرج مع سهولته، ففيه الخلاف.

وقوله: «حتى نزف الدم» يجوز نَزَفَ، ونُزِفَ، ويقال: الدم نَزَفَ الدم يَنْزِفُ، إذا خرج منه دمٌ كثيرٌ، حتى ضَعُفَ، ونزف دمه وعقْلُه، ويقال نَزَفَتِ البئْرُ، إذا أخرجت ماءها كُلَّهُ، ونزفت تتعدى ولا يتعدى.

وقوله: «رُبَّمَا يُدْهَش» أو يدهش يقال دَهِشَ دَهَشاً، إذا تحيَّر ودُهِشَ يُدْهَشُ على ما لم يُسَمَّ فاعله.

وقوله: «فلم يسبح، فوجهان» يعني في القصاص، وإن كان الخلاف جَارِياً في الدية، على ما بيناه؛ لأن المذكور في الصورةِ السابقةِ القِصَاصُ، حيث قال: «فَلاَ قصاص» ولأنه أورد الخلاف في «الوسيط» في الدية، ثم رتَّبَ عليه الخِلاَفَ في القصاص.

وقوله: «فالظاهر وجوب القصاص» اختيارٌ للوجهِ المحكيِّ عن القفَّال ـ رحمه الله ـ، والراجح عند أكثرهم المَنْعُ على ما بيَّن.

فَرْعٌ: قال الملقى: كان يمكنه الخروجُ مما ألقيته فيه من الماء أو النارِ، فقصر، وقال الوليُّ: لم يمكنه، فالمُصدَّق بيمينه المُلْقِي؛ لأن الأصل براءة ذمته أو الوليُّ؛ لأن الظاهِرَ أنَّه لو أمكنه الخروج لخرج فيه وجهان[(١)]، ويقال قولان:

آخَرُ كتَّفَه وطَرَحَه على السَّاحِل، فزاد الماءُ وهَلَكَ، إن كان في موضع يُعْلَم بزيادة الماء فيه، كالمد بالبَصْرة، وجب القَود، وإن كان قد يَزيد وقد لا يزيد، فهو شبه عمد، وإن كان بحيث لا يتوقَّع الزيادة، فاتفق سيلٌ نادرٌ، فهو خطأٌ مخضٌ[(٢)].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الطَّرَفُ الثَّالِثُ فِي اجْتِمَاعِ السَّبَبِ وَالمُبَاشَرَةِ أَمَّا الشَّرْطُ فَلاَ يَبْقَى لَهُ حُكْمٌ مَعَ المُبَاشَرَةِ كَالمُمْسِكِ مَعَ القَاتِلِ وَالحَافِرِ مَعَ المُرْدِي، وَأَمَّا المُبَاشَرَةُ وَالسَّبَبُ فَعَلَى مَرَاتِبَ: الأُولَىٰ أَنْ يَغْلِبَ السَّبَبُ المُبَاشَرَةَ وَهُوَ إِذَا لَمْ تَكُنِ المُبَاشَرَةُ عُدْوَاناً كَقَتْلِ القَاضِي وَالجَلاَّدِ مَعَ شَهَادَةِ الزُّورِ فَالقِصَاصُ عَلَى الشُّهُودِ.

---

(١) قال النووي: الراجح تصديق الولي.

(٢) قال في الخادم: كان التصوير أي في قوله وجب القصاص في ما إذا طرحه في زمن الزيادة، فإن كان في غيرها فاتفق زيادة في غير وقتها المعتاد فالظاهر أنه لا قود فيه.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مقصُود الطَّرَفِ الكلامُ فيما إذا اجتمع سَبَبٌ ومباشرةٌ، وقَدَّمَ عليه أن الشرط والمباشرة إذا اجتمعا، فالمُؤَاخذة بالقِصَاص، والضمانُ يَكُون على المباشِرِ، لا على صاحب الشرط، حتى إذا حفر بئراً في محَلِّ عدوان أو غيره، فرَدِي غيره فيها إنساناً، فالقِصَاصُ أو الضَّمانُ على المُرْدِي دون الحافر، ولو أمسك إنساناً، فقتله آخرُ، فالقِصَاص أو الضَّمانُ على القاتل، ولا شَيْءَ على المُمْسِك إلا أنه يأثم، إن أمسكه؛ ليقتله الآخر، ويُعزَّر عليه، واحْتُجَّ له بما رُوِيَ أنه عَلَيْهِ السَّلَامُ قال: «يُقْتَلُ القَاتِلُ، وَيُصَبرُ[1] الصَّابِرُ» قيل معناه: أنه يُحْبَس تعزيراً، أو بأنه لو أَمْسَكَ امرأة حتى زَنَىٰ بها غيره، يكون الحدُّ على الزاني دون المُمْسك، قال مالك: إن أمسكه للقَتْل، فهما شريكان، وعليهما القصاص.

وهذا الذي ذكرناه في الحُرِّ، أما إذا كان المَقْتُول عبداً، فيطالب المُمْسك بالضَّمان لليَدِ والقرارُ على القاتل، ولو أمسك محرمٌ صيْداً، فقتله مُحْرِمٌ آخر، فقرار الضمان على القاتل وتتوجه المطالبة على المُمْسِك، ويُنَزَّل إمساكُ الصيْدِ منزلةَ إمساك العبد.

قال الإمام وغيره: هذا هو الظاهر، وقد ذكَرْنا المسألة والخلافَ في «الحَجِّ».

ولو قدَّم صبيّاً إلى هدَفٍ، فأصابه سهْمٌ [كان أرسله الرامي قبل تقديم الصبي]، فقتله، فالرامِي كالحَافِرِ، والمقدِّم كالمرْدِي، فالقصاص علَيْه، فأما إذا اجتمع السببُ والمباشرةُ، فقد رتَّبَه على ثلاثة مراتب؛ لأنه إما أنْ يَغْلِبَ السببُ المباشرةَ أو المباشرةُ السببَ أو يعتدلان.

المرتبة الأولى: إذا غَلَبَ السببُ المباشرةَ؛ بأن أخرجها عن كونها عدواناً، مع توليده لَهَا، كما إذا شَهِدوا على إنسانٍ بما يُوجِب الحَدَّ، فقتله القاضي، أو جلده أو بما يوجب القِصَاص، فقتله الوليُّ أو وكيلُهُ، فالقِصَاص على الشُّهُود دون القاضي والوليِّ، لأن شهادتهم ولَّدتِ المباشرة، كما سبق، وأخرجَتْها عن أن تكون عدواناً.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّانِيَةُ أَنْ يَصِيرَ السَّبَبُ مَغْلُوباً كَمَا إِذَا أَلْقَاهُ مِنْ سَطْحٍ فَتَلَقَّاهُ إِنْسَانٌ بِسَيْفِهِ فَقَدَّهُ بِنِصْفَيْنِ فَلاَ قِصَاصَ عَلَى المُلْقِي عَرَفَ ذَلِكَ أَوْ لَمْ يَعْرِفْ، وَلَوْ أَلْقَاهُ فِي مَاءٍ مُغْرِقٍ فَالْتَقَمَهُ الحُوتُ وَجَبَ القِصَاصُ عَلَى المَنْصُوصِ لِأَنَّ فِعْلَ الحُوتِ لاَ يُعْتَبَرُ فَهُوَ كَنَصْلٍ مَنْصُوبٍ فِي عُمْقِ البِئْرِ إِذْ حُصُولُ الجُرْحِ بِهِ لاَ يَمْنَعُ وُجُوبَ القِصَاصِ عَلَى

---

(١) أخرجه الدارقطني والبيهقي [٨/ ٥٠] من حديث الثوري عن إسماعيل بن أمية عن نافع عن ابن عمر، ورواه معمر وغيره عن إسماعيل مرسلاً، قال الدارقطني: والإرسال فيه أكثر، وقال البيهقي: إنه موصول غير محفوظ، وصححه ابن القطان.

المُزْدِي، وَخَرَّجَ الرَّبِيعُ قَوْلاً أَنَّهُ لاَ يَجِبُ الْقِصَاصُ وَتَجِبُ الدِّيَةُ لِأَنَّ اخْتِيَارَ الحَيَوَانِ شُبْهَةٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: المرتبة مسألتان:

إحداهما: لو رَمَاه إنْسَانٌ من شاهقِ جبلٍ، فتلقَّاه إنسانٌ بسيفه، فقده بنصْفَيْن، أو ضرب رقبته ـ قبْل أن يصيب الأرض، فالقِصَاصُ على المُتَلَقِّي دون المُلْقِي، سواء عرف الملْقِي الحالَ أو لم يعرفْه، ووجِّه بأن الإلقاء إذا طرأتْ عليه مباشرةٌ مستقلةٌ، صار شرْطاً مَحْضاً، وكما لا يجب القِصَاصُ على الملْقِي، لا يجب عليه الضمانُ أيضاً، وعن الشيْخ أبي حامد حكايةُ وجهٍ: أنه يجب عليه الضَّمَان، والظاهر الأول.

الثانية: لو ألقاه في ماءٍ مغرِقٍ؛ كلجة البحر، فالتقمه الحوتُ، ففيه قولان منصوصٌ وَمُخَرَّجٌ للربيع.

المنصوص، وهو الأصح: أنه يجب عليه القصاصُ على المُلْقِي؛ لأنه ألقاه في مهلكة، وقد هلك بسبب إلقائه، فلا يُنْظَر إلى الجهة التي بها هَلَك، ووجه أيضاً بأن لُجَّة البحر مَعْدِن الحوت، فالإلقاء فيها إلقاءٌ إلى الحوت، فصار كما لو كتَّفه وعَرَضَه للسَّبُع.

وتخريج الربيع أنه لا قِصَاصَ، كما في «مسألة الإلقاء من الشاهق»؛ لأن الهلاك حَصَلَ بغير ما قصد به المُلْقِي الإهلاكَ، وإذا لم يكن بسبب الهلاك متعلِّق قَصْدِه، صار ذلك شبهةً دارئة للقصاص، إلا أنه تلزمه الدية المغلَّظة من حيث إنَّه تسبَّب إلى الإهلاك، وما جرى من الهلاك منسوبٌ إلى إلقائه، والناصرون للنص أجابوا بأنه إذا قَصَد الإهلاكَ، وأتى بالفعل المهلك، لم يكن حصُولُ الهلاك بغَيْر ذلك السبب دافعاً للقِصَاص؛ ألا ترى أنه لو جَرَحَه بسكِّين مسموم، فمات، وتبيَّن أن موته كان بالسُّمِّ، ولم يَعْلَمِ الجارح حالَ السكين، يلزمه القصاص؛ لقَصْده الإهلاك وإتيانه بالجُرْح المهلك، وفرقوا بين مسألة تلقي القادِّ والتقام الحُوتِ؛ بأن الدية لا تجب على المُلْقِي هناك، وقد سلَّم الربيع وجوبَها في «مسألة الحوت»، وذكروا من حيث المعنى وجوهاً:

أحدها: أن الإلقاء من الشاهِقِ، غَيْرُ مهلِكٍ ما لم ينصَدِم المُلْقَىٰ بالأرض، وفعْلُ القَادِّ طَرَأَ قبل الانصدام، وإصابة الجناية بدنه وقضية هذا الفَرْقَ أن يقال لو رفع الحوتُ رأسَهُ، والتقمه قَبْل أن يصِلَ إلى الماء، لا يجب القصاص [على الملقي، وأن يخصَّص النَّصّ بالالتقام بعد الوصول][1]، وكذلك ذكر بعضُهم، وحكاه أبو الحسن العبَّاديُّ عن القفَّال، لكن في «التهذيب» وغيره: أن الصحيح أنه لا فَرْقَ بيْنَ الحالَتَيْنِ.

---

(١) سقط في: ز.

والثاني: أن الإِلْقاء من الشَّاهِق قدْ لا يُهْلِك، فإن الريح ربما رفعت الملْقَىٰ إلى الماء، وعظمته فيصيب الأرض لا بشِدَّة ولا صدْمة، فيَسْلَم، فإذا طرأ عليه القَدُّ أبطل أثره، والإِلقاء في الماء المُغْرِق مهلِكٌ، لا محالة، فلا يُنْظَر إلى ما يَحْدُث بعده، وقد يُفْهِمُ هذا الفرق تخصيصَ القولين؛ بما إذا كان الالتقام قبل وصوله إلى الماء، والقطع بوجوب القصاص، إذا كان بعده، وفي إيراد الشيخ أبي حامد وغيرِهِ مِنْ أئمة العراقيين ما يُشْعِرُ به.

والثالث: قال الإمام: القَدُّ قتْلٌ صدَرَ مِنْ فاعلٍ مختارٍ يفعل برأيٍ ورؤيَةٍ، فيقطع أثر السبب الأول، والحوت يلتقم بطَبْعِهِ، كالسبع الضاري، فجاز أن لا يَقْطَعَ أثرَ السَّبَبِ الأول، ولذلك نقول: لو أمسك إنساناً، حتى قَتَله غَيْرُه، فالقصاص على القاتل دون المُمْسِك، ولو أمسكه وهدَّفَه لوثبة سبع ضارٍ، فافترسه، فالقصاص على المُمْسك المُهَدِّف، وهذا لأن الحيوان الضَّارِيَ بطَبْعه يفعل فعْله عنْد التمكُّن، فكأنه آلة لصاحب السبب الأول، نازلٌ منزلة ما لو ألقاه في بئر، وكان في عُمْقها نصول منصوبة، فأصابته، ومات، يجب القصاص على المُلْقِي، ولم يَمْنَع حصولُ الهلاك بها، وإن لم يَقْصِد وجوبَ القصاص، بخلاف ما إذا كان الطارىء فعلاً صادراً عَنْ رأيٍ ومشيئة، فإنه يبعد تنزيله منزلة الآلات، ويُبْنَىٰ على هذا أنه إذا كان في أسفل البئر حيةٌ عادية بطبعها، أو نمرٌ ضارٍ، فأهلكه، يجب الضمان على المُرْدِي، ولو كان هناك مجْنونٌ ضار على طباع السباع، فكذلك، وإن لم يكن ضارياً، كان كالعاقل في إسقاط الضمان عن الملقي، ولم يُجْعَل الهلاكُ الحاصلُ بالسبع الضارِي بمثابة التلقِّي بالسيف والقد بنصفين، وأطلق في «التهذيب» نفْيَ الضمان، إذا افترسه سَبْعٌ قبل أن يصيب الأرضَ، ولا فرْقَ في مسألة القادِّ بين أن يكون القادُّ ممَّن يضمن أو ممَّن لا يضمن، كالحَربِيِّ، ولو رفع الحوتُ رأسه، فألقمه فَاهُ، فعليه القصاص بلا خلاف، ولو ألقاه في ماء غير مُغْرِقٍ، فالتقمة حوتٌ، فلا قصاص؛ لأنه لم يقصد إهلاكه، ولم يشعر بسبب الهلاك[1] الذي حَصَل، فأشبه ما إذا دفَعَ رجلاً دفعاً خفيفاً، وألقاه، فجَرَحَه سكِّينٌ كان هناك، ولم يَشْعُر به الدافع، لا يلزمه القصاص، ولكن يجب الضمان في الصورتَيْن، وتكون الديَةُ الواجبةُ دية شِبْهِ العمد، كذلك ذكره صاحب «التهذيب» وابن الصباغ وغيرهما، وحكاه القاضي ابن كج[2] عن الأصحاب واستنكره، وقال: ينبغي أن لا يتعلَّق به ضمان، كما لا يتعلَّق به قصاص.

---

(١) قضيته تصوير المسألة بما إذا لم يشعر الملقي أن هناك حوتاً، فإن عرفت حضور الحوت لزمه القصاص، وبه صرح الغزالي في الوسيط ووجهه ابن الرفعة.

(٢) وهذا الذي قاله ابن كج استبعده ابن الرفعة؛ لأن التلف حصل بفعله.
ويشهد لابن كج قول الوسيط في كتاب الغصب: لو ألقى صبياً في مهلكة فافترسه سبع لا ضمان فيه لأنه لا يقصد من ذلك ذلك والصبي كالرجل المكتوف ويخرج من كلامهم أيضاً حكاية وجه بوجوب ديّة مخففة، وبه صرح البغوي في تعليقه على المختصر.

وقوله في الكتاب: «أن يصير السبب مغلوباً» إلى آخره يتضمَّن جعْلَ الإلقاءِ من الشاهِق سَبَباً، وتلقِّي المتلقي وقَدَّهُ مباشرةً، وليس ذلك بواضحٍ كلَّ الوضوح على ما ذكرنا في تمييز المباشرة والسَّبَبِ.

وقوله: «لأن فعل الحوت لا يعتبر فهو كنصل منصوب» المراد به ما حكيناه عن الإمام: أن الحوت يلتقم بطَبْعِهِ، فينزل فعْلُه منزلة النصل الخارج ونحوه.

وقوله في تخريج الربيع: «لأن اختيار الحيوان شبهة» إشارةٌ إلى الفرق بين التقام الحُوتِ والجِرَاحةِ الحاصلةِ بالنَّصْل، فإن النَّصْل لا اختيارَ لَهُ ولا شعور، وللحَيَوان قصْدٌ واختيارٌ، وإن كان عادياً ضارياً، فكان ما يفعله الحيوان بالطبع متردِّداً بين الأثر الحاصل من غير الحيوان، وبَيْن فعل الحيوان بالاختيار والمشيئة، فاختلف القول في أنه بم يلحق؟

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّالِثَةُ: أَنْ يَعْتَدِلَ السَّبَبُ وَالمُبَاشَرَةُ كَالإِكْرَاهِ عَلَى القَتْلِ، وَالقِصَاصُ عَلَيْهِمَا (ح) فِي أَحَدِ القَوْلَيْنِ، وَفِي قَوْلٍ يَخْتَصُّ بِالمُكْرِهِ، وَعَلَى هَذَا فَفِي الدِّيَةِ قَوْلاَنِ، فَإِنْ أَسْقَطْنَا الدِّيَةَ إِحَالَةً عَلَى المُكْرِهِ فَفِي الكَفَّارَةِ وَجْهَانِ لِأَنَّ الإِثْمَ بَاقٍ، فَإِنْ أَسْقَطْنَا الكَفَّارَةَ فَفِي حِرْمَانِ المِيرَاثِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: المكرِه على القتل يلزمه القصاص على ما مر، وفي المُكْرِهِ قولان:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة: «أنه لا يلزمه القِصَاص؛ لأنه قتله دفعاً عن نَفْسه، فأشبه قَتْلَ الصائل وأيضاً، فإن المُكْرَهَ آلةٌ للمُكْرِهِ»؛ ولذلك وجب القصاص على المُكْرِهِ، فصار كما لو ضَرَب به المُكْرِهِ على قَتْلِهِ، فقَتَله، وأصحُّهما: الوجوب، وبه قال مالك وأحمد؛ لأنه قتله عُدْواناً لاستبقاء نفسه، فصار كما لو قَتَل المُضْطَرُّ إنساناً، فأكَلَه، يلزمه القصاص، ولا يشبه قَتْل الصائل، لأنه بالصيال متعدٍّ مُمَكَّنٌ من دفْعه، ولهذا لا يأْثَمُ بقتل الصائلِ، والمُكْرَهُ يَأْثَمُ كما المختارُ، وبهذا يَبْطُل كونه آلةً، وفي موضع القولَيْن طريقان:

أظهرهما: أنهما يَطَّردان فيمَنْ أكرهه السلطانُ، ومن أكرهه المتغلب.

والثاني: تخصيصُهما بمن أكرهه السلطانُ، والقَطْع بوجوب القصاص على من أكرهه المغلِّب، والفرق أن السلطانَ واجبُ الطاعة في الجملة، فأَمْرُه وإكراهُهُ يُورث شبْهةً تَدْرأ القصاص.

التفريع: إن أوجبنا القصاص، فإذا آل الأمر بالعفو إلى الدية، فهي موزعة

علَيْهِمَا، وهما كالشريكَيْن، وللوليِّ أن يقتص من أحدهما، ويأْخذ نصْفَ الدية من الآخر، وإن لم نوجب القصاص على المُكْرَهِ ففي الدية وجهان:

أحدهما: أنها لا تجب أيضاً؛ تنزيلاً له منزلة الآلة.

والثاني: تجب نصْفُ الدية، والقِصَاصُ إنما يسقط لشبهة الإكراه، والديَةُ لا تَسْقُطُ بالشبهة.

والأول: أصحُّ عند صاحب «التهذيب» والثاني، وهو المنصوص، وهو الذي أورده الأكثرون، وقد يُقَال: في الدية قولان مرتَّبَان على القَوْلَيْن في القصاص؛ وهي أَوْلَىٰ بالوجوب.

التفريع: إن أوجبنا على المُكْرَهِ نصْفَ الدية، فعليه الكفَّارة، ويتعلَّق بقتله حرمانُ الميراث. ونصْفُ الدية الواجبةِ يكونُ علَىٰ عاقلته أو في ماله قال الإمام: فيه[1] تردُّد عندي، يجوز أن يقال: في ماله؛ لأنه قاصِدٌ للقتل آثِمٌ، ويجوز أن يجعل على عاقلته ويُجْعَل الإكراه مبطلاً لاختياره وتعمده.

وإن قلْنا: لا دية علَيْه، ففي الكفارة وجهان:

أحدهما: المَنْع؛ لمعنى الآلة.

وأصحُّهما: الوجوبُ؛ لحصول الإثم المُحْوج إلى التكفير، فإن أوجبنا الكفَّارة، تَعلَّق به حرمان الميراث، وإلا، ففي الحرمان وجهان:

أظهرهما: ثبوته على ما يقدَّم بيانُ الخلاف فيه في «الفرائض»، وهو قضيةُ ما أورده هنالك، وعند أبي حنيفة: لا دية ولا كفَّارة على المُكْرَهِ، كما لا قِصَاصَ.

وقوله في الكتاب: «أن يعتدل السبب والمباشرة كالإكراه» إنما يجعل الإكراه على القتل مع مباشرة القتل في مرتبة الاعتدال؛ لأنه لا يخرج المباشرة عن كونها عدواناً، فلا يصير غالباً عليها، وهو المولِّد للمباشرة، والمؤثِّر فيهما، فلا يصير مغلوباً.

وقوله: «فإن أسقطنا الدية إحالةً على المُكْرِهِ» أي إحالةً للقتل علَيْه، وتنزيلاً للمُكْرَه منزلةَ الآلة.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَإِنْ أَوْجَبْنَا عَلَيهِمَا وَلَمْ يَكُنْ أَحَدُهُمَا وَجَبَ عَلَى الثَّانِي لِأَنَّ شَرِيكَ غَيْرَ المُكَافِيءِ يُقْتَلُ وهُمَا كَالشَّرِيكَيْنِ كُفْئاً، وَلَوْ أَكْرَهَ إِنْسَاناً عَلَى أَنْ يَرْمِيَ إِلَى ظُلَلٍ عَرَفَهُ المُكْرِهُ إِنْسَاناً فَظَنَّهُ الرَّامِي جُرْثُومَةً فَهُوَ شَرِيكُ الخَاطِيءِ وَلَكِنْ فِي وُجُوبِ القِصَاصِ

(١) قال النووي: الأرجح أنه من ماله.

وَجْهَانِ لأَنَّ هَذَا خَطَأٌ هُوَ نَتِيجَةُ تَلْبِيسِهِ وَإِكْرَاهِهِ فَفِي حَقِّهِ عَمْدٌ، وَعَلَيهِ يُخَرَّجُ إِذَا كَانَ الْمُكْرَهُ الْمَحْمُولُ صَبِيّاً وَقُلْنَا إِنَّ فِعْلَهُ خَطَأٌ، وَلَوْ أَكْرَهَهُ عَلَى صُعُودِ شَجَرَةٍ فَتَزَلَّقَ رِجْلُهُ وَمَاتَ وَجَبَ (و) الْقِصَاصُ وَلَمْ يُجْعَلْ شَرِيكُ خَطَأً، وَلَوْ أَكْرَهَهُ عَلَى قَتْلِ نَفْسِهِ فَقَتَلَ فَلاَ قِصَاصَ عَلَى الْمُكْرِهِ إِذْ لاَ مَعْنَىٰ لِهَذَا الإِكْرَاهِ، وَلَوْ قَالَ: اقْتُلْنِي وَإِلاَّ قَتَلْتُكَ فَلاَ قِصَاص لِلإِذْنِ وَالإِكْرَاهِ، وَقِيلَ: تَجِبُ الْقِصَاصُ وَإِذْنُهُ لاَ يُعْتَبَرُ لأَنَّ الْقِصَاصَ لِوَارِثِهِ لاَ لَهُ، وَلَوْ قَالَ: اقْتُلْ زَيْداً أَوْ عَمْراً وَإِلاَّ قَتَلْتُكَ فَقَتَلَ أَحَدَهُما فَلاَ إِكْرَاهَ لِأَنَّهُ مُخْتَارٌ فِي التَّعْيِينِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي الفصْلِ صورٌ:

إحداها: إذا أوجبنا القِصَاصَ على المُكْرِهِ والمُكْرَهِ جميعاً، وكان أحدهما مكافئاً للمكره على قتله دون الآخر وجب القصاص على المكافىء دون الآخر؛ لما ذكَرْنا أنهما كالشريكَيْن، وشريك غير المكافىء يلزمه القصَاصُ؛ بدليل شريك الأب، فإذا أكْره عبدٌ حرّاً على قَتْل عبدٍ أو ذميٌّ مسلماً على قتل ذميٍّ، وجب القصاص على المكره دون المكره، ولو أكره حرٌّ عبداً على قتْلِ عبْدٍ أو مسلمٌ ذمياً على قتل ذميٍّ، انعكس الحكم، وفي «الرقم» للعباديِّ أن بعض النُّظَّار ضايق في تصوير إكراه الذميِّ المُسْلِمَ، وقال: إنه إذا أكرهه، انتقض عهْدُهُ، وصار حربياً، ولو أكره الأبُ الأجنبيَّ على قتل وَلَدِهِ أو الأجنبيُّ الأبَ، فالقصاص على الأجنبي دون الأب.

الثانية: لو أكره بالغ صبياً مراهقاً على قتْل إنسان، فقتله فلا قصاص على المُكْرِه، وأما المُكْرَهُ، فوجوب القصاص عليه يُبْنَىٰ على أن عمد الصبيِّ عمدٌ أو خطأٌ؟ إن قلنا إنه عمد، وهو الأصح فعليه القصاص[1]، وإن قلْنا: خطأ، فلا قِصَاصَ عليه؛ لأنه شريك خاطِىءٌ.

قال الإمام ـ رحمه الله ـ: هذا إذا فرَّعنا على أنه يجب القصاص على المكره والمُكْره، وتنزيل المكرِه والمكره منزلة الشريكين.

أما إذا قلنا: لا قصاصَ على المُكْرَه، ففي وجوب القصاص على المُكْرِه مع الحُكْم بأن عَمْد الصبيِّ خطأ وجهان [اثنان]، أشار إليهما القاضي الحُسَيْن.

وجه الوجوب: أن إكراهه هو الذي وَلَّد هذا الخطأ وأنتجه، وهذا الوجه هو الذي رأى صاحب «التهذيب» الجوابَ به، إذا لم نُوجِب الديةَ على المُكْرَه، ونزَّلناه منزلةَ الآلة وأما الديَةُ فجميعُها على المُكْرِه، إن لم نوجب الدية على المُكْره وإن أوجبْنَا علَيْه نصْفَها، فنصْف الدية على المُكْرِهِ، ونصفها في مال الصبيِّ، إن جعلْنا عمْدَه عمداً وعلى عاقلته، إذا جعْلناه خطأً، ولو أكره صبيٌّ مراهقاً بالغاً، فلا قصاص على المُكْرِهِ، وفي

---

(١) وما أطلقه هنا من أن عمد الصبي عمد ظاهر تصويره أنه خاص بالذي له تمييز لا مطلق الصبي.

المكره القولان، إن جعلنا عمْدَ الصبيِّ عمْداً وإن جعلناه خطأً، فلا قصاص، عليه أيضاً؛ لأنه شَريكٌ خاطئٌ.

ولو أكره إنسانٌ إنساناً على أن يَرْمِيَ إلى طَلَلٍ عرفه المُكْرِهُ إنساناً، وظنه المُكْره جرثومةً أو صيْداً أو أن يَرْمَي إلى سِتْرٍ وراءه إنسانٌ وعرفه المُكْرِهُ دون المُكْرَهِ، فقد ذكر الإمام وصاحب الكتاب: أن في وجوب القصاصِ على المُكرِهِ وجْهَيْن كالوجهين المذكورَيْن، فيما إذا أكره صبياً على القَتْل، وجعلْنا عمْدَ الصبيِّ خَطَأً.

وجه الوجوب أن هذا الخطأ نتيجة تلبيسه وإكراهه، فيجعل عمْداً في حقه ومال صاحب «التهذيب» إلى القطْع به توجيهاً بأن المُكْرَهَ جاهلٌ بالحال ظانٌّ حل الفعل، فكان كالآلة للمُكْرِه، فأشبه ما إذا أمر صبياً لا يَعْقِل، أو عبْداً أعجمياً بقتل إنسانٍ، فقتله، يجب القصاص على الآمر، وإذا آل الأَمْرُ إلى الدِّيَة، فرَوَىٰ صاحب «التهْذيب» أنَّا إذا أوجَبْنا الضَّمان على المُكْرِهِ، فنصْفُ الدية على عاقلة المُكْرِهِ، ونصفها في مال المُكْرِهِ، وإن لم نُوجِبْ عليه الضَّمانَ، فكلُّ الدية على المُكْرِه، ورأى أن يقطع به، وأن لا يجب شيْء على المُكْرَه بحال؛ لمَا ذكرنا في القصاص، ولو أكرهه على أن يرْمِيَ إلى صيدٍ، فرَمَىٰ وأصاب إنساناً، فقتله، فلا قِصَاصَ علَىٰ واحدٍ منهما؛ لأنهما لم يتعمَّدا قتله، وأما الدية، فجَمِيعُها على عاقلة المكرِه، إن لم نوجب الضمان على المُكْره وإن أوجبناه عليه، فنِصْفُها على عاقلة هذا، ونصفُها على عاقلة ذاك، وإن أكرهه على صعود شجرةٍ أَوْ على أن ينزل في بئرٍ أو مُنْحَدَرٍ، ففعَلَ، وزَلِقَتْ رجْلُه، وهلَكَ، فالجواب في الكتاب: أنه يجب على المُكْرِهِ القصاصُ، ولا يُجْعَلُ شريكَ خاطئٍ.

قال في «الوسيط»: ولا يجيْء فيه الوجهان المذكوران في الصبيِّ المُكْرِهِ وجَهْله، والأظهر ما ذكره الفوراني وصاحب «التهذيب» وحكاه القاضي الرويانيُّ واستقر به أنه عمْدُ خَطَإٍ لا يتعلَّق به القصاص؛ لأن الفعْلَ ليس مما يُقْصَد به الهلاك.

وقوله في الكتاب: «وهما كالشَّرِيكَيْن» وقوله: «فهو شريكُ لخاطىء» مبني على أن المُكْرِهِ والمكره، كَالشريكَيْن على ما قدَّمنا، لكنْ ذكر الإمام ـ رحمه الله ـ أن حقيقة الخلافِ المذكورِ، فيما إذا أَكْرَهَ صبياً علَىٰ القَتْل، وجعلْنا عَمْدَه خطأً أنه هل يجب القصاصُ على المُكْرِهِ، يرجع إلى أننا ننقل فعْلَ المُكْرِهِ إلى المكْرِهِ على صفته، أم نَجعل المُكْرِه كالمباشر للقَتْل، ولا يُنْظَر إلى صفة فِعْل المُكْرَه، فهذا قد يَقْدَحُ في معْنَىٰ الشَّركة. وقوله: «وعليه يُخَرَّجُ» أي على الخلاف، أو على التوجيه المذكور.

وقوله: «وقلنا: إن فعله خطأً» لفظ «الفعل» يشملِ العَمْد والخَطَأَ، والمراد فعْلُه العَمْد، والمشْهُور في الاستعمال أن عمده عَمْد أو خطأً، أي يُعْطَىٰ حكم هذا أو ذاك وإن كان عمداً في الحقيقة.

الثالثة: لو أكرهه، على قَتْل نفسِهِ؛ بأن قال: اَقْتُلْ نَفْسَكَ، وإلا قَتَلْتُكَ، فَقَتَل نَفْسَه، ففي وجوب القصاص على المُكْرِهِ قولان مشهوران منقولان في «التهذيب»:

أحدهما: يجب؛ لأنه بالإِكْراه على القَتْل والإِلْجَاء إِلَيْه قاتلٌ له.

وأظهرهما: وهو المذكور في الكتاب، وبه أجاب القفَّال: المَنْع، وما جرى ليس بإكراه حقيقةً؛ لأَنَّ المُكْرَه من يتخلص بما أمر به عما هو أَشَدُّ عليه، وهو الذي خوفه لمكره به وها هنا المأمور به القتل والمخوف به القتل، ولا يتخلَّص بقتل نفسه عن القتل، فلا معنى لإقدامه علَيْهِ، فإن قلْنا: يجب القصاص عليه، فلو فُرِضَ العفْوُ، وجب كمال الدية، وإنْ قلنا: لا تجب، فعَلَيْهِ نِصْفُ الدية، إن أوجبْنا الضمَانَ على المُكْرِهِ، وجميعه، إن لم نوجبْهُ[1]، ويجري القولان فيما لو أكرهه على شُرْب سُمٍّ [قاتل] فشربه، وهو عالمٌ به، وإن كانَ جاهلاً، فعلى المُكْرِهِ القصَاصُ ولو قال: لَتَقْطَعَنَّ يَدَكَ أو أُصْبُعَكَ وإلاَّ قَتَلْتُكَ، كان ذلك إكراهاً، بخلاف ما إذا قال لتقتلن نَفْسَكَ، أو لأَقْتُلَنَّكَ ذكره أبو الحَسَنِ العباديُّ ـ رحمه الله ـ.

الرابعة: إذا قال: اقتلني، وإلاَّ قتلْتُكَ، فهذا إِذْنٌ منه في القتْلِ، وإكراهٌ، ولو تجرَّد الإذْن، فقتله المأذونُ له ففي وجوب الدية قولان مبنيَّان على أن الديَّةَ، تجب للورثة ابتداءً عقيب هلاك المقْتُول، أو تجب للمقتول في آخِرِ جزْءٍ منْ حياته، ثمَّ تَنْتَقِلُ إِلَيْهم، إن قلنا بالأول، وجبت ولم يؤَثِّرْ إِذْنُه وإن قلْنا بالثاني، لم تجبْ، وهذا الثاني أصحُّ على ما ذكره صاحب «التهذيب» وصاحب الكتاب في «الوسيط» وغيرهما، واحتجُّوا عليه بأنه يَنْفُذ منه وصاياه، وتقضى ديونه، ولو ثبتت للورثة ابتداءً، لَمَا كان كذلك، وفي

---

(١) قال الشيخ البلقيني: وفي شرح الرافعي هنا خلل ووهم، أما الخلل فإنا إذا فرعنا على وجوب القصاص فعفى عنه على مال فقد جزم المصنف بأن جميع الدية على المكره وهذا إنما يجب على المكره، والمكرَه والمكرِه ليسا شريكين والصحيح أنهما شريكان فليس على المكره إلا نصف الدية عند حصول العفو.

وأما الوهم فقولهما: «وإن لم نوجب القصاص» فعلى المكره نصف الدية إن أوجبنا الضمان على المكره وجميعها إن لم نوجبه. ووجه الوهم فيه أنا إذا لم نوجب القصاص فلعدم تحقق الإكراه فيصير المقتول قتلاً لنفسه فلا قصاص حينئذ على الآمر ولا شيء من الدية بل ولا كفارة، وقد صرح بعدم لزوم شيء من الدية البغوي وغيره وبسطنا القول فيه في الفوائد والمختصر المجيز في شرح المحرر. انتهى وأخذ ذلك في الخادم بمعناه ولم يعزه لشيخه وزاد على شيخه فقال: محله إذا كان المكره فيما إذا أمره بقتل غيره، وهذا مثله وقد صرح به ابن القطان في فروعه لكن ذكره ابن الرفعة وغيره أنه لو أطعم صبياً لا يميز أو مجنوناً بالغاً أو أعجمياً يعتقد وجوب الطاعة أن عليه القود وأنه لو أمر الأعجمي بقتل نفسه فقتلها أنه لا قود جزماً لأن كل أحد لا يخفى عليه أن قتل نفسه لا يجوز. وكذا ذكر صاحب البيان والشامل وغيرهما.

القصاص طريقان، المشهورُ منهما القطْعُ بنفيه، وجَعْل الإذْنِ شبهةً دارئةً.

والثاني: تخريجُ الخلافِ فيه، وقد نُسِبَ التخريجُ إلى الإمام سهْلِ الصعلوكيِّ، وتوجيه الوجوب بأن القصاص أيضاً يثبت للورثة ابتداءً وبأن القتل لا يباح بالإذن، فأشْبَهَ إذْنَ المرأة في الزِّنَا، ومطاوعتها لا تُسْقِط الحَدَّ ولو قال: اقطعْ يدي، فقطعها، فلا قصاص ولا دية؛ لأنه إتلافٌ مأذونٌ فيه، فصار كما أو أتْلَفَ ماله بإذنه، وقد يقتضي المعْنَى الثاني في توجيه وجوب القصاص على الطريق الثاني تخريجَ خلافٍ فيه، وعن أبي حنيفة أنَّ الإذن في القتل لا يُسْقِط الديةَ، وسلَّم في الإذن في القطع السقوطَ، ولو أذن عبْدٌ في القتل أو القطع، لم يَسْقُط الضمان؛ لأنه حق للسيد، وفي القصاص إذا كان المأذونُ له عبداً وجهان[1]:

وجْه المنع: أن القِصَاص يَسْقُط بالشبهة، وقول العبد فيه مقبولٌ، إذا أقرَّ علَىٰ نفيه، فكذلك يُؤثِّر رضاه في سقوطه، ومسألة الإذْنِ في القَتْلِ معادةٌ في الكتاب «في باب العفو»، فأما إذا انضمَّ الإكراهُ إلى الإذْن، فسقوطُ القصاصِ أَوْجَهُ وأَوْلَىٰ.

وقوله: «للإذن والإكراه» إن قُدِّرَ الإكراه ضميمة مقويةً لشبهة الإذْن، فَذَاكَ والمُسْقِط معنى واحدٌ، وإن قدر الإكراه مسقطاً برأسه، فذلك يتفرَّع على القول بأن المُكْرَهَ لا قصاص عليه، وأما الدِية، فإن لم نوجبها عند تجرُّد الإذْن، فمع الإكراه أَوْلَىٰ وإن أوجبْنَاها، فيُبْنَىٰ على أن المُكْرِه هل عليه نصْفُ الدية، إن قلْنا: نعم، فعليه نصفُها، وإلا، فلا.

وها هنا كلام، وذلك أن الأئمة ـ رحمهم الله ـ نَقَلُوا أن المُكْرَهَ على قَتْلِهِ يجوز له دفعُ المُكْرِهِ والمُكْرَهِ جميعاً، وأنه لا شيْء علَيْهِ إذا قتلَهُما، وأن للمُكْرِهِ أيضاً دفع المُكْرِهِ ولا شيء عليه، إذا أتى الدَّفع على نفسه، وعلى هذا، فإذا قتله دفعاً، فينبغي أنْ يُحْكَم بأنه لا قصاص، ولا دِيَة عليه بلا تفصيل ولا خلاف، وقد أشار إلى هذا الشيخ أبو الحسين العباديُّ، فقال: إذا قال: اقْتُلْنِي، وإلاَّ قَتَلْتُكَ، فإنْ لم يقتلْه، فهو استسلام، وإنْ قتله، فهُوَ دَفْعٌ، ويمكِنُ أن يقال: موْضِعُ التفصيل والخلافِ ما إذا أمكنه الدَّفع بغير القَتْل، والدافِعُ بالقَتْل إنَّما لا يلزمه شيْءٌ، إذا لم يمكِنْه الدَّفع بغَيْره، ولو قال اَقْذِفْنِي وإلا قتلْتُك، فقذفه، ففي وجْهٍ: لا حدَّ عليه، كما لو قال: اَقْطَعْ يَدِي، فقطعها.

قال في «التهذيب»: والصحيح وجوبه، بخلاف القصاص؛ لأنه يستعين بغيره في

---

(١) سكت الشيخ عن الترجيح. قال في الخادم: والمذكور ما في تعليق القاضي الحسين عدم الوجوب؛ لأن القصاص يسقط بالشبهة.

قَتْل نَفْسِهِ وقطعه، ولا يستعان بالغَيْر في القَذْف، فيُجْعَلُ القاذف مبتدِئاً[1].

الخامسةُ: لو قال: اُقْتُلْ عمراً أو زيداً، وإلا قَتَلْتُكَ، فهذا تخْيِيرٌ لا إكْرَاه، ومن أقْدَم على قتلهِ منهما، كان مُخْتاراً في تعيينه، وَالمُكْرَهُ هو المحْمُول علَىٰ قَتْل معيَّن، لا يَجِدُ عنه محيصاً، وهذا أظهر فيما إذا قال: اقْتُلْ واحداً مِنْ أهْل البَلَد، وإلاَّ قتلْتُك، وقد سبق نظيره فيما إذا قال: طلِّقْ إحدى زوجاتك وإلا قتلْتُك، وفي «الرقم» نقل وجْه أنَّه يكون إكراهاً؛ لأنه لا يتخلص إلاَّ بقتل إحداهما، وهو ملْجَأ إليه، وفي «التتمة» نسبته إلى اختيار القاضي الحُسَيْن، وليجيءْ مثله في الطَّلاق، وإذا قلْنا بالمشهور، فمَنْ قتله منهما، لزمه القصاص، ولا شَيْء على المُكْرِهِ سِوَىٰ الإثم، ولو أُكْرِهَ إنْساناً على أن يُكْرِه ثالثاً على قَتْل رابع فأكره الثاني، وقتل الرابع، وجب القصاصُ عَلىٰ الأوَّل، وفي الثاني والثالثِ قولاَنِ؛ لأنهما مُكْرَهَانِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ أَمَرَهُ مُتَغَلِّبٌ عُلِمَ مِنْ عَادَتِهِ السَّطْوُ. عِنْدَ المُخَالَفَةِ فَهُوَ كَالإِكْرَاهِ عَلَى أَقْيَسِ الوَجْهَينِ، وَلَوْ أَمَرَهُ سُلْطَانٌ وَاجِبُ الطَّاعَةِ عَلَى الجُمْلَةِ فَقَتَلَ مَنْ عَلِمَهُ المَأْمُورُ ظُلْماً فَفِي الْتِحَاقِهِ بِالإِكْرَاهِ وَجْهَانِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ القَتْلَ فَسَادٌ وَالخُرُوجُ عَنْ طَاعَةِ السُّلْطَانِ أَيْضاً مُهَيِّجٌ لِلفَسَادِ وَالفِتْنَةِ فَلاَ يَبْعُدُ أَنْ يَكُونَ شُبْهَةً، بِخِلاَفِ العَبْدِ إِذَا قَتَلَ بِأَمْرِ سَيِّدِهِ فَالقِصَاصُ عَلَى العَبْدِ إِذْ لَيسَ فِي مُخَالَفَتِهِ عَلَى وَفْقِ الشَّرْعِ مَا يَفْتَحُ بَابَ الفِتْنَةِ، وَإِنْ كَانَ العَبْدُ أَعْجَمِياً ضَارِياً بِطَبْعِهِ فَالسَّيِّدُ بِأَمْرِهِ كَالمُغْرِي لِلسَّبُع فَعَلَيْهِ القِصَاصُ، وَفِي تَعَلُّقِ الدِّيَة بِرَقَبَتِهِ وَجْهَانِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ شَدِيدُ الشَّبَهِ بِالبَهِيمَةِ، وَكَذَا المَجْنُونُ الحُرُّ إِذَا كَانَ هَذَا طَبْعَهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مقصود الفصْل: الكلام فيما إذا أَمَر بقَتْل إنسان بلا إكْرَاه، وفيه مسألتان:

إحداهما: إذا أمر السلطانُ أو نائبه الجلاَّدَ أو غيْرَهُ بقَتْل إنسانٍ ظلماً، فقتله المأمورُ، نُظِرَ؛ إنْ ظَنَّ المأمورُ أنَّه يقْتُله بحقٍّ، فلا شيْءَ على المأمور؛ لأن الظاهر أنه لا يأمر بالقَتْل إلا بالحَقِّ، ولأن الطاعة للسلطانِ واجبةٌ فيما لا يعلمه معصيةً، واستَحَبَّ الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ له أن يُكَفِّر لمباشرته القَتْلَ، وأما الأمر، فعليه القصاص أو الدية والكفارة، وإن عَلِم المأمورُ أنه يقتله ظُلْماً، فهل ينزل أمره منزلة الإكراه؟ فيه وجهان، ويقال قولان:

---

(١) قال النووي: هذا الذي قاله البغوي عجب، والصواب: أنه لا حد.

أحدهما: لا وإنَّما يحْصُل الإكراه بالتخويف والتهديد صريحاً كما في غير السُّلْطان، فعلَىٰ هذا لا شيْء على الآمر سوَىٰ الإثم، والقصاص أو الدِّيَة والكفَّارة على المأمور.

والثاني: أنه ينزل منزلة الإكراه، ووُجِّه ذلك بمعنَيَيْنِ:

أحدهما: أن الغالِب من حالة السطْوة عند المخالفة، وحالُ الخوف عند التصريح بالوعيدِ أشدُّ ولك أن تقول: السلطانُ قدْ يَعْفُو كما يسطو وقد يترجَّح عفوه على سطوته، ثم المكروه المخُوفُ قد يكون مما يحْصُل به الإكراه على القتل، وقد يكون مما لا يحصل كالحبس، فحَقُّ هذا المعنى ألا يحصل الأمر كالإكراه، إلا في حقِّ السلطان الذي تَغْلب منه السطوة بما يكون إكراهاً في القتل، ولا يُعَمِّم.

والمعنى الثاني: أن طاعة السلْطَانِ واجبةٌ في الجُمْلَةِ، وفي مخالفته إثارةُ الفتنة، وتجرئة الناس عليه، وفيه فساد عظيمٌ، ولدفع هذا المحذور، قلنا: إنه لا ينْعَزل بالفِسْق، إذا خيف من الاستبدال به الفتنة، فكأنه ازدحم علىٰ القَتْل موجبٌ ومحرِّمٌ، فانتهض شبهة دأرته للقصاص، وإذا نزَّلْناه منزلة الإكراه، فعلى الآمِرِ القِصَاصُ، وفي المأمور القولانِ في المكره، واعلم أن المنقول عن نصِّ الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ: في «الأم»: أن المأمور بالقتل لو كان يَعْلَم أن الإمام أمر بقتله ظُلْماً، كان عليه، وعلى الإمام القود، واختلفوا في هذا النصِّ، فمن جعل أمر السلطان إكراهاً، يجيء على قوله إجراؤه على ظاهره، وجعله في المأمور جواباً على أصح القولَيْنِ في المكره ويقرب من هذا حكايةُ القاضي ابن كج عن القيصري والقاضي أبي حامد ـ رحمهما الله ـ والذين لم يجعلوا أمر السُّلطان إكراهاً اختلفوا، فعن أبي إسحاق وغيره: حمله على ما إذا أكره مع الأمْرِ وضَعَّفَ ذلك؛ لأنه نص على صورة الإكراه عقيب هذه الصورة، وعن رواية أبي عليٍّ الطبري ـ رحمه الله ـ: حمله على ما إذا قال المأمور: عَلِمْتُ أنَّه ظلمٌ، لكني جوَّزْت أن يكون ذلك على قوْلِ بعض الفقهاء، وأن الإمام أدىٰ اجتهاده إليه، فيجب القصاصُ، والحالةُ هذه، عليهما، أما الإمام، فلأنه ألجأه إليه لوجوب طاعته في الظاهر، وأمَّا المأمور، فلأنه أقْدَمَ على قتل محرَّم عن اعتقاد التحريم.

وصاحب الشوكة من أهل البغْي أمره كأمر إمام أهل العَدْل[1]؛ لأن أحكامه نافذة، وأما إذا أَمَرَ غيْرُ السلطان بالقتل بغير حق، كالزعيم والمتغلِّب، وقَتَل المأمورُ، نُظِرَ إن لم يخَفْ من مخالفته المحذور، فعلى المأمور القِصَاصُ والدية والكفارة، وليس على الآمر إلا الإثْمُ ولا فرق بين أن يعتقده حقّاً أن يعْرِف كونه ظلماً؛ لأنه ليس بواجب

(١) قال في المطلب: وهذا الإطلاق فيه نظر إذا لم نجعل إكراهه كإكراهه وكيف لا يكون كذلك إذا كان المأمور ممن لا يعتقد أمانته بأن الموجب لطاعته مفقود.

الطاعة، ولا في مخالفته إثارة فتنة، بخلاف الإمام، وإن كان يخاف من مخالفته المحذور، بأن اعتيد منه ذلك، ففيه الخلافُ المذكور في حقِّ الإمام: لأن المعْلُوم هَلْ يُجْعَل كالملفوظ المصرَّح به، والقياس جعْلُه كالملفوظ، وإلى ترْجِيحه مالَ صاحِبُ الكتاب وغيره.

وفي أمر السلطان، قضية ما أورده الجمهور تصريحاً ودلالةً: أنه لا ينزل منزلةَ الإكْرَاهِ، فيخرج منْ هذا أن أمر السلطان من حيث إنَّه سلطانٌ لا أثر له، وإنَّمَا النَّظَر إلى خَوْفِ المحْذُور.

الثانية: لو أمر السَّيِّد عبْدَهُ بقتل إنسانٍ ظلماً، فقتله، فإنْ كان العَبْد مميزاً، لا يرى طاعة السيد لازمةً في كل ما يأمره به، فالقصاصُ على العبد، وليس على السيد إلا الإثمُ، فإن عفا أو كان مزاهقاً، تعلَّق الضمان برقبته، وكذا لو أمره بإتْلاَفِ مال، فأتلفه، وإن كان صغيراً لا يُميِّز أو مجنوناً ضارياً أو أعجميّاً يرى طاعة السَّيِّد لازمةً في كل ما يأمره به، ويبادر إلى الامتثال، فهو كالآلةِ، والقصاصُ أو الديةُ على السَّيِّد، وفي تعلُّق المال برقبة مثل هذا العبد وجهان.

أحدهما: التعلُّق؛ لأنه عبْدٌ صدَر منه الإتلاف.

وأصحُّهما: المنع؛ لأنه كالآلة[1] المستعملة، فأشبه ما إذا أغرى بهيمةً صائلةً على إنسان، فقتلته، لا يتعلَّق بها الضمان، ولو أمر عبد غيره، فكذلك الحكْمُ، إن كان العبد لا يفرِّق بين أمر السيد وأمر غيره، ويسارع إلى ما يؤمر به، ثم إن قلْنا: يتعلَّق الضمانُ برقبته فبيع فيه، فعَلَىٰ الأمر قيمته للسيد، وإذا لم تفِ قيمته بالواجب، فعلَىٰ الأمر الباقي، وكذا لو كان الآمر السَّيِّدَ وليس هذا التعلُّق كتعلُّق الأَرْش برقبة سائر العبد، ولو أمر الأجنبي مثل هذا العبد بقتل نفسه، ففعل، فعلى الآمر الضمانُ، إن كان صغيراً أو مجنوناً، ولا يجب إن كان أعجميّاً؛ لأنه لا يعتقد لزوم الطَّاعة في قتْل نفسه بحال.

نعم، لو أمره بِبَطِّ جراحة أو فتح عِرْقٍ على مقتل، وجب الضمان؛ لأنه لا يظنه قاتلاً فيجوز أن يعتقد لزوم الطاعة فيه، هكذا حكَىٰ عن النص، فإن كان الأجنبيُّ الآمِرُ عبداً، فليكنِ القصاصُ على هذا التفصيل، كما سيأتي، نظيره[2] ـ إن شاء الله تعالى ـ.

ولو أمر صبيّاً حرّاً أو مجنوناً حراً بقتل إنسان، فَقَتَلاَ، قال في «التهذيب»: إن كان لهما تمييز، فلا شيْء على الآمر سوى الإثم، وتجب الدية مغلَّظَةً، أو مخففة؛ بناء على

---

(١) قضيته أنه لا فرق بين أن يكون الآمر موسراً بالمال أو معسراً لكن الماوردي وابن الصباغ وغيرهما من العراقيين قالوا فيما إذا أمر السيد عبده الذي لا يميز بالجناية وكان مرهوناً أن الجناية لا تعلق برقبته.

(٢) في ز: نظائره.

الخلاف في أن عمدهما عمدٌ أو خطأٌ؟ وإن لم يكن لهما تمييز، وكانَا يسارعان إلى ما أُغْرِيَا به أو كان المجنون ضارياً، فالقصاص أو كمالُ الدية على الآمِرِ، وليّاً كان أو أجنبيًّا، ولو أمر أحدهما بقَتْل نفسه، فعلى الآمر القصاصُ، ولو قَتَلَ مثلُ هذا الصبيِّ أو المجنونِ أو أتلفا مالاً من غير حَثٍّ من أحدٍ، فهل يتعلّق الضمان بما لهما؟

عن الشيخ أبي محمد تخريجه على الخلاف المذكور في التعلق برقبة العبد؛ لأنه يشبه إتلاف البهيمة[1] العادية، وإذا وَقَفْتَ على ما أوذرناه لم يَخْفَ عليك أن قوله في الكتاب: «ولو أمره متغلِّب، علم مِنْ عادته السَّطْوُ عند المخالفة» المراد منه السطوة بما يحصُل به الإكراه، وأنَّ الحكم لا يختص بالمتغلِّب بل السلطان، إذا عُرِفَ ذلك من عادته، كان كالمتغلِّب بطريق الأَوْلَىٰ.

وقوله: «بخلاف العبد إذا قتل سَيِّده» المراد من الإذنِ الأَمْرُ لا مجرَّد الترخيص؛ ألا تَرَاه يقول: «إِذْ ليس في مخالفته» وليس للترخيص المجرد مخالفة.

وقوله: «على وفق الشرع» لا يتعلَّق بذكره كبيرُ حاجة، فإنَّ مخالفة السيد على أي وجْهٍ كانت، لا تفتح باب الفتنة التي تعرض مثلها في مخالفة السلطان.

وقوله: «فالسيد يأَمْرِهِ كَالمُغْرِي للسَّبُع» المراد الصورة التي يتَعَلَّق القصاص فيها بإغراء السبع، ولا يَتعلَّق بالقصاص بمُطْلَق إغرائه على ما سيأتي، إن شاء الله تعالى.

وقوله: «وكذا المجنونُ الحرُّ إذا كان هذا طبعه» يعني أنه يجري الخلاف في تعلُّم الدية والضمان بِمَالِهِ إذا قتل من غير حثٍّ وإغراء.

فَرْعٌ: العبد الصغير المميز، ولو أُكْرِه على القَتْل، فقَتَل، هل تتعلَّق الدية برقبته؟ قال الإمام: يبنى على أن المُكْره الحُرَّ هل تلزمه الدية، إن قلنا: نعم، فنعم، وإن قلنا: لا، ففي التعلُّق برقبته الخلافُ المذكورُ في التعليق برقبة العبد الأعجميِّ؛ لنزوله منزلة الآلة. آخر: أمره الإمام بصُعُود شجرة أو النزول في بئر، فامتثل، وهَلَكَ به، فإن لم نجْعَلْ أمره إكراهاً، فلا ضمان، كما لو أمره واحِدٌ من الرعية، وإن جعلْناه إكراهاً، فإن كان يتعلق بمصلحة المسلمين، فالضمان على عاقلة الإمام أو في بيت المال فيه قولان، نذكرهما في نظائرهما، وإن كان يتعلق به خاصةً، فالضمان على عاقلته، قاله في التهذيب، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلاَ يُبَاحُ بِالإِكْرَاهِ الزِّنَا وَالقَتْلُ، وَيُبَاحُ بِهِ شُرْبُ الخَمْرِ وَالإِفْطَارُ

---

(١) قال النووي في زوائده: قال أصحابنا: لو أمر صبياً لا يميز بصعود شجرة، أو نزول بئر، ففعل، فسقط فهلك، فعلى عاقلة الآمر الدية. والله أعلم.
وقد جزم القاضي الحسين في فتاويه بأنها على الآمر.

وَإِتْلاَفُ مَالِ الغَيْرِ بَلْ يَجِبُ، وَيُبَاحُ بِهِ كَلِمَةُ الرِّدَّةِ، وَهَلْ يَجِبُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الإكراه علىٰ القتل المحرَّم لا يبيحه بل يبقى مأثوماً به، كما كان[١] بالاتفاق، وكذا للإكراه على الزِّنَا[٢] وهذا في الزنا يتفرَّع على الصحيح، وهو أنه يتصور الإكراه في الزِّنَا، ومن الأصحاب من أحاله، وقال: الانتشار لا يتحقَّق إلا مع نشاط النفس وانبساط الشَّهْوة، وذلك لا يحصل مع الإكراه، وقيل في الجواب عنه: هَبْ أنه كذلك، لكن الانتشار لَيْسَ بشرْطٍ في الزنا، وإنما يعتمد في الزنا الإيلاج، والإكراهُ لا ينافيه.

وأما أنَّ الإكراه هل يُسْقِط الحدَّ، فسيأتي ـ إن شاء الله تعالى ـ «في باب حد الزنا» بحسن تيسيره.

ويباح بالإكراه شربُ الخمر استبقاء للمهجة، كما إذا غصَّ بلقمة، ولم يجدْ ما يسيغها، سوى الخمر، [كان] له أن يسيغها بالخمر، وكذلك الإفطارُ في نهار رمضان وإتلاف مال[٣] الغير يباحان بالإكراه، وفي معنى الإفطار الخروجُ من صلاة الفرض، ويباح بالإكراه أيضاً كلمةُ الردَّة علي ما قال تعالى: **﴿إِلاَّ مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ﴾** **[النحل ـ ١٠٦]** وهل يجب التلفُّظ بها فيه؟ وجهان: أحدهما: نعم حفظاً لنفسه كما يجب دفع الهلاك بتَنَاوُلِ الميتة.

وأصحُّهما: المنع مصابرةً وثباتاً على الدين، كما يعرض النفس للقتْلِ جهاداً أو ذَبّاً عن الدين، وعلى هذا فالأفضل أن يثبت ولا يتكلَّم بكلمة الردَّةِ، رُوِيَ أنه ﷺ قال: «كَانَ الرَّجُلُ ممن كَانَ قَبْلَكُمْ يُحْفَرُ لَهُ فِي الأَرْضِ فَيُجْعَلُ فيه فَيُجَاءُ بِالمِنْشَارِ، فَيُوضَعُ عَلَىٰ رَأْسِهِ، فَيَشُقُّ نِصْفَيْنِ وَمَا يَصُدُّهُ عَنْ دِينِهِ، وَيُمَشَّطُ بِأَمْشَاطِ الحَدِيدِ مَا دُونَ لَحْمِهِ مِنْ عَظْمٍ وعَصَب، وَمَا يَصُدُّهُ ذَلِكَ عَنْ دِينِهِ»[٤].

ومن الأصحاب من قال: إن كان ممَّن يَتَوقَّع منه النكاية في العدوِّ أو القيام بأحكام الشرع، فالأفضل أن يتكلَّم بها، ويدفع القتل عن نفسه؛ لما في بقائه من الصلاح،

---

(١) قال في الخادم: ما أطلقه محله في القتل المحرم لأجل الذات دون ما حرم لأجل المالية كقتل ذراري الكفار أي الحربيين ونسائهم فإن يباح بالإكراه كما قاله في المطلب لأنهم قالوا، ولهذا قلنا يجوز قتلهم إذا تترس بهم أهلهم في القتال.

(٢) قال في المهمات: مقتضاه استواء الرجل والمرأة وهو كذلك كما صرح به المصنف في كتاب الجهاد، وجزم الرافعي في باب القضاء بما يخالفه.

(٣) اقتصار الشيخ على الإباحة يشعر بعدم الوجوب، وذكر الوسيط الوجوب. وقال في المطلب: إنه متفق عليه لأن المال مما تدخله الإباحة وإتلاف مال نفسه كإتلاف مال غيره.
قيل: والظاهر أنه إذا أكره على إتلاف مال نفسه لا ضمان على المكره تقديماً للمباشرة على السبب.

(٤) رواه البخاري وأبو داود من حديث خباب بن الأرت واللفظ لأبي داود.

وإلا، فالأفضل أن يمتنع، وهل يجب شرْبُ الخَمْر عند الإكراه؟ في «الوسيط»: أنه على وجْهَيْن مرتَّبيْنِ على الوجهَيْنِ في كلمة الردة، وهو أولىٰ بمنع الوجوب[1]، ويمكن أن يجيْء مثله في الإفطار في نهار رمضان، ولا يكاد يجيء في الإكراه على إتلاف المال.

وقوله في الكتاب: «بل يجب» يجوز أن يعلم بالواو، إن رجع إلى شرب الخمر وما بعْده، ولم يختص بالإتلاف وعن الأودي في ضَبْط هذه الصور: إنَّ ما يسقط بالتوبة، يَسْقُط حكمه بالإكراه، وما لا يسقط بالتوبة، لاَ يَسْقُطُ حكمه بالإكراه.

وإذا أَتْلَفَ مال الغير مُكْرَهاً، كان للمالك مطالبة المُكْرِه بالضمان؛ لأنَّ الإكراه تَسبَّب إلى الإتلاف، وهذا القدر مذكور في الكتاب في أول «الغصب» حيث قال: «فيجب الضمان على المكره على إتلاف المال» وفي مطالبة المُكْرِهِ وجهان:

أحدهما: لا يُطالب؛ لأن الإتلاف مباح له عند الإكراه.

وأصحُّهما: المطالبة، لكنه يرجع بما يُغَرَّم على المكْرِه؛ لعُدوانه، ويعبر عن هذا الغرض بأن القرار على المُكْرِهِ لا محالة وفي مطالبة المُكْره وجْهان، هذا هو الطريق الظاهر، ووراءه وجهان:

أحدهما: أن الضمان على المكره المتلف وإنما تعلق الضمان والقصاص بالإكراه على القَتْل؛ لِعِظَم خَطَرِ النفس.

والثاني: عن القاضي أبي الطيِّب: أن الضمان يتقرر عليهما بالسوية، ويُجْعَلاَن كالشريكَيْن، كما في الإكراه على القتل، ويجوز أن يُعْلَم لهذا قوله في الغصب: «فيجب الضمان على المكره» بالواو، والقولِ في جزاء الصيد إذا قتله المُحْرِم مكْرَهَاً، كالقول في ضمان المال.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: فَرْعٌ لَوْ أَنْهَشَهُ حَيَّةً يَقْتُلُ مِثْلُهَا غَالِبَاً فَالحَيَّةُ كَالسِّكِّينِ، وَإِنْ قَتَلَ نَادِراً فَكَالإِبْرَةِ، وَإِنْ أَلْقَىٰ عَلَيْهِ الحَيَّةَ وَكَانَ مِنْ طَبْعِهَا النِّفَارُ فَلاَ قِصَاصَ، وَكَذَا لَوْ جَمَعَ بَيْنَهُمَا فِي بَيْتٍ، وَلَوْ جَمَعَهُ فِي بَيْتٍ مَعَ سَبُعٍ فَٱفْتَرَسَهُ وَجَبَ القِصَاصُ إذ السَّبُعُ فِي المُضِيقِ يقْصدُ، وَإِنْ أَغْرَىٰ بِهِ فِي الصَّحْرَاءِ فَلاَ إِلاَّ إِذَا كَانَ السَّبُعُ ضَارِيَاً وَالهَرَبُ غَيْرَ مُمْكِنٍ، وَالمَجْنُونُ الضَّارِي كَالسَّبُعِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا أَنْهَشَهُ حَيَّةً أو ألدغه عقْرباً؛ بأَن ضبطها وأدنى ذَنَبَهَا منه مع ضَغْطٍ، أو كره فقتلته، نُظِر؛ إن كانت تقتل غالباً كأفاعي مكَّةَ وثعابين مصر، وعقارب

---

[1] قال في المهمات: إن هذا سهو، والذي في الوسيط وأولى بالوجوب.

نَصِيبينَ، وجب القصاص، وإن كانت مما لا تقتل غالباً، فقولان.

أحدهما: أنه شبه عمْدٍ؛ لأنه لم يظهر منه قصْد القتل.

والثاني: أنه يتعلَّق به القصاص؛ لأن نهشها يشق الجلْدَ، فيرتقب منه الغور والنكاية والجراحة، وإن صغرت، يتعلَّق بها القصاص، كما تقدَّم في غرز الإبرة، وهذا ما أورده الإمام وصاحب الكتاب، والأول أصحُّ عند صاحب «التهذيب» والقاضي الرويانيُّ، وعنهما: إن لم يُنْهِشْهُ، ولكن ألقى الحية عليه، أو ألقاه عليها أو قيَّده وطَرَحَه في موْضِع فيه حيَّات وعقاربُ، فقتله، فلا قصاص ولا ضمان، سواءٌ كان الموضع ضيقاً أو واسعاً؛ لأنه لم يُلْجئْها إلى القتل[1]، وإنما قتلَتْه هي باختيارها، فَفِعْلُهُ مع قتْلِها كالإمساك مع مباشرة القَتْلِ، ولو عرضه لافتراس السَّبُع الذي يقتل غالباً، كالأسد والذئب، هدفه له، حتى صار السبع كالمُضْطَرِّ إليه، لزمه القصاص[2]، كما في انتهاش الحيَّة، حكاه القاضي ابن كج عن النصِّ، فإن كان السَّبُع مما لا يقْتُل غالباً، فليكن كالحية التي لا تَقْتلُ غالباً، وإن أرسل إليه السبع أو أغْرَىٰ عليه كَلباً عَقُوراً في موضع واسع؛ كالصحراء، فقتله، لا يجب القصاص، وكذا لو طرحه في مسبعة أو بَيْن يدَيَ السبعَ في الصحراء مكتوفاً أو غَيْرَ مكتوف؛ لأنه لم يُلْجِئْه إلى القَتْل، والذي وُجِدَ منه ليس بمهلك كما لا قصاص لا ضمان، كما في المُمْسِك مع القاتل، ولا فرْق بين أن يكون المطْرُوح صغيراً أو كبيراً، وفي الصبيِّ وجه: أنه يجب الضمان، وبه قال أبو حنيفة، وقد ذكر صاحب الكتاب الخلافَ فيه في الغصْب، ولو أغراه به في موضع ضيقٍ أو حبَسه معه في بِئْرٍ أو بيت، فقتله، وجب القصاص مكتوفاً كان أو لم يكن؛ لأنَّه ألجأ السبع إلى عقره وقَتْلِه، وليس السَّبُع كالحية حيث لم يفرق فيها بين الموضع الواسع والضيق؛ لأن الحية، تنفر من الآدمي، والسبع يقصده في المضيق، ويتوثب عليه، وفي الموضع الواسع لا يقْصِده قصْدَه في المضيق، إنما يقصد قصد الدافِعِين، ويمكن التحرز والقرار منه، فهَذا هو المشهور والمنقول عن النص، وعن القاضي الحُسَيْن وغيره: أن الحية، إن كانَتْ تقصده ولا تنفر، كانت كالسَّبُع، وأنها أنواعٌ مختلفةُ الطباع، وأن السَّبُع، إذا كان ضارياً شديد العَدْو، وكان لا يتأتى الهَرَبُ منه في الصحراء، وجب القصاص، وهذا جعله الإمام كالبيان والاستدراك لما أطلقه الأصحاب، وأرسلوه وصاحب «التهذيب» وغيره من أصحاب القاضي جعَلُوا المسألة مُخْتَلَفاً فيها، وأقاموا هذا وجهاً آخَرَ، وعليه جرى صاحب الكتاب كيفما قدر، فقيد صورة الحية بما إذا كان من

---

(١) ما جزم به في هذه المسألة نص عليه الشافعي في الأم، وفيه إشكال إذا كانت الحية تعرف بالإهلاك وقصد من يمر بها فضلاً عمن يلقى عليها أو صار مقيداً في موضعها.

(٢) حكاه ابن كج عن النص وقال في المطلب: ولا خلاف فيه بين الأصحاب.

طبْعِها النفار، واستثنى من صورة السبع ما إذا كان ضارياً، والهَرَبُ غَيْرَ مُمْكِنٍ، وقد وُجِّه ذلك بأن عَقْر السبع المُغْرَىٰ يضاف إلى فعل المُغْرِي، وإن كان في الصحراء، ولذلك يحل به الصيد، وأجيب عنه: بأن الحيوان عُلِّمَ الاصطياد، والحاجة إلى الصيد حملَتْ على الإضافة إلى المُغْرِي، وهذا بخلافه، وحيث قلنا: بوجوب القصاص في الحية والسبع، فذاك، إذا قتل في الحال أو جرح جراحة تقتل في الغالب، أما إذا جرحه جراحة لا يقتل مثلها غالباً، فالحاصل شبْهُ عمْدٍ، فكأنه صدَرَت تلك الجراحة من المُغْرَىٰ، وإذا تمكّن المُغْرَىٰ عليه من الفرار، فلم يفعل؟

قال الإمام: هو كترك السباحة، والمجنون الضاري في ذلك كالسبع[1]، هكذا أطْلَقَ، ومقتضاه الفرقُ بين أن يُغْرَىٰ ويُبْعَث في المضيق أو الصحراء، لكن إن أمكن أن يقال: إن طبع السبع أن ينفر من الآدميِّ في الصحراء، ولا يقصده، فلا يتضح أن يُدَّعَىٰ مثله في المجنون؛ فالجنون فنون، ولو رَبَطَ في دِهْلِيز داره كلباً عقوراً، ودعا إليه غيره، فافترسه الكلب، فلا قصاص ولا ضمان، ولم يُجْعَل على الخلاف الذي سبق في حفر البئر في الدهليز وتغطية رأسِها؛ لأن الكلْب يفترس باختياره، ولأنه ظاهرٌ يمكن دفْعه بالعَصَا[2] والسلاح.

ويجوز أن يُعْلَم قوله في الكتاب: «وكذا لو جمع بينهما في بيت» واحد بالواو؛ لأن القاضي ابن كج حكَىٰ قولان: الجمع بينه وبين الحية في البَيْت، كالجمع بينه وبين السَّبُع، وكذا قوله: «فافترسه وجب القصاص» لأنه حكى قولاً: أنه لا يجب، وبحال الهلال على اختيار الحيوان، وأشار فيهما إلى النقل والتخريج، وإذا جعل ما ذكره القاضي وجهاً وأثبت الخلاف، فلا بأس لو أعلم قوله: «إلا إذا كان السبع ضارياً» بالواو أيضاً.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الطَّرَفُ الرَّابِعُ فِي طَرَيَانِ المُبَاشَرَةِ عَلَى المُبَاشَرَةِ وَحُكْمُهُ تَقْدِيمُ الأَقْوَىٰ فَلَوْ جَرَحَ الأَوَّلُ وَحَزَّ الثَّاني فَالقَوَدُ عَلَى الثَّانِي، وَلَوْ أَنْهَىٰ الأَوَّلُ إِلَى حَرَكَةِ المَذْبُوحِ وَقَدَّ الثَّانِي بِنِصْفَيْنِ فَالقَوَدُ عَلَى الأَوَّلِ، وَلَوْ قَطَعَ أَحَدُهُمَا مِنَ الكُوعِ وَالثَّانِي مِنَ المِرْفَقِ فَمَاتَ بِالسِّرَايَةِ فَالقَوَدُ (ح) عَلَيْهِمَا، وَلَوْ قَتَلَ مَرِيضاً مُشْرِفَاً وَجَبَ القَوَدُ، وَلَوْ قَتَلَ**

---

(١) أي فلا قصاص ولا ضمان وهذا يخالف لما نقله قبل ذلك عن البغوي وأقره من أنه لو أمر مجنوناً حراً بقتل شخص فقتله إن كان له تمييز فلا شيء على الآمر وإن لم يكن له تمييز وكان مجنوناً ضارياً فالقصاص أو كمال الدية على الآمر.

(٢) قال الشيخ البلقيني: كأنهما لم يستحضرا الخلاف في الضمان، والخلاف في ذلك مشهور ومنهم من خص الخلاف بمن كان أعمى أو في ظلمة وقطع بالضمان فيما إذا كان بصيراً. انتهى وقد صحح النووي رحمه الله في تصحيح التنبيه وجوب الضمان في صورة الكلب وهو الأرجح.

مَنْ نُزِعَ أَحْشَاؤُهُ وَهُوَ يَمُوتُ بَعْدَ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلاَثَةٍ لاَ مَحَالَةَ وَجَبَ القَوَدُ لِأَنَّهُ أَزْهَقَ حَيَاةً مُسْتَقِرَّةً بِخِلاَفِ حَرَكَةِ المَذْبُوحِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا صدر فِعْلاَنِ مُزْهِقَانِ من شخصَيْن، نُظِرَ؛ إن وجدا معاً، فهما قاتلان سواء كانا مُذَفِّفَيْن كما إذا حَزَّ أحدهما رقبته، وَقَدَّه الآخر نصفَيْن، أو لم يكونا مُذَفِّفين، كما إذا أجاف كل واحد منهما جائفةً أو قَطَع عضواً، ومات منهما، وإن كان أحدهما مُذَفِّفاً دون الآخر، فقياس ما سنذكر أن يكون القاتل صاحبَ الفِعْل المُذَفِّف، وإن طرأ فعْلُ أحَدِهما على فعل الآخر، فله حالتان:

إحداهما: أن يوجد فعل الثاني انتهاء المجنيِّ عليه إلى أنْ صارَتْ حركته حركةَ المذْبُوحين، إما عَقِيبَ الفعل الأول؛ لكونه مذففاً أو لسرايته وتأثيره مدَّةً، فيكون القاتلُ الأوَلَ ولا شيْءَ على الثاني إلاَّ التعزير؛ لأن المُنْتَهِي إلى الحالة الثانية مقتول والثاني: هاتك حرمة مَيِّت، فَيُعذَّر، كما لو قَطَع عضواً منْ ميِّت أو حَزَّ رقبته، والمراد من حركة المذبوح الذي لا يبقى معها الإِبْصَار والإدراك والنطق والحركة، والاختياريان وقد يقد الشخص وتترك أحشاؤه في النِّصْف الأعْلَىٰ، فيطرف ويتكلَّم بكلماتٍ لكنها لا تَنْتَظِم، وإن انتظمت، فليستْ صادرةً عن رؤية واختيار، والحالةُ المذكورةُ هي التي تُسَمَّى حالة اليأس لا يصحُّ فيها الإسلام ولا شيءَ من التصرّفات، وتصير فيها المالُ للورثة، ولو مات قريبٌ لِمَنْ انتهى إلَيْها، لم يُورث منه، ولو أسلم له ابن كافرٌ، أو أعتق رقيق، لم يُزاحم سائر ورثته، وكما لا يصحُّ الإسلام في تلْك الحالة، لا تصح الردة، هذا هو المشهور.

وفي كتاب القاضي ابن كج: أنها تصحُّ؛ لأنَّ الكافِرَ يُؤمن ويوقن حينئذٍ، فإعراض المؤمن جحودٌ[1] قبيحٌ، واعلم أنَّ مَنْ قطع حُلْقومَهُ ومريئه أو قلعت حشوته وأبينَتْ من جوفه، فقد انتهى إلى حركة المذبوح[2]، وفي بعض نسخ «المختصر»: ولو قطع حُلْقُومَهُ أَوْ مَرِيئَهُ، ثم ضَرَبَ عنُقَهُ آخرُ فالقاتل الأول دون الثاني، ونسب القفَّال وغيره المُزَنِيَّ إلى الإخلال، وقالوا: إنما قال الشافعي ـ رضي الله عنه ـ حلقومه ومريئه بالواو وقطع أحدهما قد لا ينتهي إلى حركة المذْبُوح في الحال. قال القاضي الرُّويانيُّ: ورأيته في كثير من النسخ بالواو على الصحَّة، ويمكن أن يطلق أو بمعنى الواو.

---

(١) قال في المطلب: ولا وجه لذلك لأن مناط المذهب أنه صدر عن غير رؤية وإخبار والقبيح إنما يكون إذا صدر ممن له نظر وفكر.

(٢) الحشوة: بضم الحاء وكسرها الأمعاء قاله في الصحاح. وزعم ابن بري في تضعيف الفقهاء أن الصواب فتح الحاء، وغلط من كسرها. قال في الخادم: وهو عجيب ولم ينفرد الجوهري بالوجهين فقد حكاها صاحب ديوان الأدب أيضاً وفي المجمل بالكسر أيضاً.

والحالة الثانية: أن يوجد فعل الثاني قبْل انتهائه إلى حركة المذبوحين، فيُنْظَر؛ إن كان الثاني مُذْففاً كما لو جرحه واحدٌ، ثم جاء آخر وحَزَّ رقبته، أو قَدَّهُ بِنصفَيْن، فالقاتل الثاني؛ لأن الجراحة كانَتْ تؤثِّر بالسراية والحَزُّ أبطل أثرها ومرايتها، وإنما يجب على الأول القصاصُ في العضو المقطوعَ أو المال على ما يقتضيه الحال، ولا فَرْقَ بين أن يَتوقَّع البرء من الجراحة السابقة لو لم يَطْرَأ الحَزُّ، وبيْنَ أن لا يَتوقَّع، ويسْتَيْقن الهَلاَك بعد يومين أو أيام؛ لأن له في الحال حياةً مُسْتَقِرَّةً، والتصرّفات فيها نافذةٌ، وقد عهد عمر ـ رضي الله عنه ـ وأوصى في هذه الحالة، فعمل بعهده ووصاياه.

وعن مالك: أنه إذا تيقَّن هلاكاً بالجراحة السابقة، فالقاتل الأوَّلُ دون الثاني، وإن لم يكن الثاني مذففاً أيضاً، ومات بسرايتهما جميعاً كما لو أجاف الأول ثم أجاف الثاني، أو قطع الأوَّل يده من الكُوع، ثم قطع الثاني السَّاعِدَ من المِرْفق، فمات، فهما قاتلان لأنَّ القطْع الأوَّل قد انتشرت سرايته وألمه، وتأثرت به الأعضاء الرئيسية، وانضم إليها آلام الثاني، فأشبه ما إذا أجاف واحد منهما جائفةً، وجاء آخر، ووسَّعَها، فمات، يحب القصاص عليهما، وعند أبي حنيفة القِصَاصُ في الصورة الثانية على الذي قَطَعَ من المرفق دون الأوَّل، وإذا شك في الانتهاء إلى حركة المذبوحين، روجع فيه أهل الخبرة، وعُمِلَ بقولهم.

والمريضُ المُشْرِف على الوفاة إذا قُتِلَ، وجب القصاص على قاتله، قال القاضي الرويانيُّ وغيره: سواء انتهى إلى حالة النَّزْع، وصار عيشه عَيْشَ المذبوحين، أم لا ولفظ الإمام: أن المريض لو انتهى إلى سَكَرَاتِ الموْتِ، وبَدَتْ مخايِلُه، وتغيَّرت الأنفْاس في الشَّراسيف، فلا يُحْكَم له بالمَوْت، بل يلزم قاتله القصاص وإن كان يُظَنُّ أنه في مثل حالة المقدود، وفرَّقوا بأن انتهاء المريض إلى تلْك الحالة أن موته غير مقطُوع به، وقد يُظَنُّ به ذلك، ثم يُشْفَىٰ بخلاف المقدود، ومَنْ في معناه، وأيضاً بأن في المريض لم يَسْبِقْ فعْلٌ يحال القتل وأحكامه علَيْه، حتى يهدر الفعْل الثاني، وها هنا بخلافه.

وقوله في الكتاب: «ولو جَرَحَ الأوَلُ وحَزَّ الثاني» وقوله على الأثر: «فَقَدَّ الثانِي بِنِصْفَيْن» ليس لتخصيص الحَزِّ بالصورة الأولَىٰ، والقَدِّ بالثانية، بل حكمهما واحدٌ في الصورتين، وقوله: «ولو قَتَلَ مَنْ نُزِعَ أحشاؤُه» ظاهره يفهم التصوير فيمن أبينت حشوته، وأخرجت من جوفه، لكن مَنْ فُعِلَ به ذلك مقبول منته إلى حركة المذبوح لا محالة.

نعم، لو أصاب الحشو خرق وقطْعٌ، وكان يتيقن موته بعْد يوم أو يومين، فهو الذي يجب القصاص بقَتْله، وكان عمر ـ رضي الله عنه ـ كذلك على ما رُوِيَ أن الطبيب سقاه لبناً، فخرج من جوفه لما أصاب أمعاؤه من الخَرْق، فقال الطبيب: اعهد يا أمير

المؤمنين، والصورتان [الإبانة والخرق بلا إبانة][1] منصوصتان مثبتتان في «المختصر» وكتب الأصحاب فَلْيُؤَوَّل لفظ النزع على التَّخْريق، والنزع عَنِ الموضع الأصليِّ، وما أشبهه، وموضع الإعلام بالحاء والميم؛ في الفصل لما ذكرنا مِنْ مذهب أبي حنيفة ومالك ظاهرٌ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: فَإِنْ قِيلَ: ظَنُّ الإِبَاحَةِ هَلْ يَكُونُ شُبْهَةً؟ قُلْنَا: مَنْ قَتَلَ رَجُلاً فِي دَارِ الحَرْبِ عَلَى زِيِّ أَهْلِ الشِّرْكِ فَإِذَا هُوَ مُسْلِمٌ فَلاَ قِصَاصَ وَتَجِبُ الكَفَّارَةُ، وَفِي الدِّيَةِ قَوْلاَنِ، وَلَوْ قَتَلَ مَنْ عَهِدَهُ مُرْتَدّاً فَظَنَّ أَنَّهُ لَمْ يُسْلِمْ فَإِذَا هُوَ عَادَ إِلَىٰ الإِسْلاَمِ فَقَوْلاَنِ إِذْ لَيسَ لَهُ قَتْلُ المُرْتَدِّ بَلْ هُوَ إِلَىٰ الإِمَامِ، وَلَوْ ظَنَّهُ قَاتِلَ أَبِيهِ فَقَوْلاَنِ، وَلَوْ قَالَ: تَبَيَّنْتُ أَنَّ أَبِي كَانَ حَياً وَجَبَ القَوَدُ لِأَنَّهُ غَيرُ مَعْذُورٍ، وَلَوْ ضَرَبَ مَرِيضاً ظَنَّهُ صَحِيحاً ضَرْباً يُهْلِكُ المَرِيضَ وَجَبَ القَوَدُ لِأَنَّهُ غَيرُ مَعْذُورٍ إِذْ ظَنُّ المَرَضِ لاَ يُبِيحُ الضَّرْبَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: غرَضُ الفَصْلِ: البحثُ عمَّا إذا قَتَل إنساناً قَصْداً على ظنٍّ في حالة المقتول، ثم تبيَّن خلافه، وفيه صورتان.

إحداهما: إذا قَتَل شخصاً على ظَنِّ أنَّه كافرٌ، فإن كان عليْه زِيُّ الكفَّار، قال في «التهذيب». أو رآه يعظم آلهتهم، فبان أنه كان مسلماً، فَيُنْظَرُ؛ إن اتفق ذلك في دارِ الحَرْب، فلا قصاص، وعليه الكفارة وفي الدية قولان:

أحدهما: تجب؛ لأنها تَثْبُت مع الشبهة.

وأصحُّهما: المنع؛ للجعل ووضح العذر فيما فعل هناك، وإن اتفق في دَارِ الإسلام، وجبت الدية والكفارة، وفي القصاص قولان:

أحدهما: لا تجب، كما في دَارِ الحَرْب، وعلى هذا؛ فتَكُونُ الديَةُ مغلَّظة أو مخففة على العاقلة؟ فيه قولان، والثاني، وهو الذي رُجِّحَ منهما أنَّه يجب [عليه] القصاص؛ لأن الظاهر من حال مَنْ في دار الإسلام العِصْمَة.

الثانية: قَتَلَ مَنْ ظنه مرتداً أو حربياً فلم يكن، لزمه القصاص؛ فإن عَهِدَهُ مرتدّاً، فظن أنه لم يُسْلِمْ، وكان قَدْ أَسْلَمَ، فالنَّصُّ وجوب القصاص، ونص فيما إذا عهده ذِمِّياً أو عبْداً وقَتَلَه على ظنِّ أنه لم يُسْلِم، ولم يعتق، فبان خلافُه: أنه لا يجب القصاص، وللأصحاب طريقان:

أحدهما: طَرْدُ القولَيْن في الصور.

---

(١) في ز: القطع والحرق بلا إبانة.

وجه الوجوب: أنه قتل عمداً شخصاً مضموناً بالقصاص، ووجه المَنْع شبهةُ ظَنّه المعتضد باستصحاب مَا عَهِدَ.

والثاني: القطْعُ بالوجوب في المرتدِّ، وفرقٍ بينه وبين الصورتين الأُخْرَيَيْنِ بأن المرتدَّ يُحْبَس في دار الإسلام، ولا يُخلَّىٰ فقاتله وهو مخلًى مقصِّر، بخلاف الذميِّ والعبْد، وفي كلام بعضهم ما يُشِير إلى طريقة قاطعةٍ بوجوبِ القِصَاصِ في قتلهما، ؛ لأنه ظنٌّ لا يُنْتِج القتْلَ، ولا يقتضي إلا هذراً، والظاهر في الصُّوَر وجوبُ القصاص، وإن أثبت الخلاف، وقد يُوجَّه بأنه ظنٌّ لا يقتضي الإباحة، أما في العبد والذميِّ، فظاهر، وأما في المرتدِّ، فلأن قتله إلى الإمام لا إلى آحاد الناس، فأشبه ما إذا زنى عالماً بالتحريم، جاهلاً بوجوب الحدِّ، حيث يلزمه الحَدُّ، وإن عهده حربياً، فظن أنه لم يُسْلِم، فمنهم مَنْ جعله كالمرتدِّ، ومنهم مَنْ قطع بأنه لا قصاص، وفَرَّقَ بأن المرتد لا يُخلَّىٰ، والحَرْبِيُّ قد يُخَلَّىٰ بالمهادنة وفُرِّق بينه وبين الذمِّيِّ والعبْد بأن الظنَّ هناك لا يقتضي الحل والإهدار، وها هنا بخلافه، ولو ظنه قاتل أبيه، فقتله، فبان خلافه، فقد حكى صاحب الكتاب وغيره فيه قولين:

أحدهما: أنه لا يجب القصاص؛ لأنه ظنَّ إباحةَ القَتْل له.

وأظهرهما: الوجوب؛ لأنه كان من حقِّه التثبت، ولم يعْهَدْه قاتلاً حتى يستصْحِبه والمفهوم مما أورده إذا ظَنَّه مرتداً أو حربيّاً مِنْ غير أن يعْهَدَه كذلك، ولم يكن كما ظَنَّه القطْعُ بوجوب القصاص، والوجه التسوية بينهما، وبَيْنَ ما إذا ظنه قاتِلَ أبيه، إمَّا في القطع أو في إثبات القولَيْن، وقد يُرجَّح القطع بأن من أثبت القولين سلَّم القطْعَ بالوجوب فيما إذا قال: تَبَيَّنْتُ أن أبي كان حَيّاً حين قتلته مع أن أصْل الظنِّ والشبهة قائمٌ، وحيث قلنا: إنه لا قِصَاص في هذه الصور، فلو قال الوليُّ، عرفت إسلامه وحريته، وقال القاتل: ظننته كافراً أو رقيقاً، فالقول قوله؛ لأنه أعرف بحاله، ونقل صاحب الكتاب في «الوسيط» طريقين في موضعِ القولَيْن، فيما إذا ظنه قاتِلَ أبيه.

أحدهما: أن موضع القولين ما إذا تنازعا أما إذا صدَّقه وليُّ الدم، فلا قصاصَ بلا خلاف.

والثاني: طرد القولَيْن؛ لأنه ظنٌّ مِنْ غير مُسْتَنَدٍ شرعيٍّ.

الثالث ـ: إذا ضرب المريض ضرباً يَقْتل المريض دون الصحيح، فمات منه، نُظِرَ؛ إنْ علم أنه مريضٌ، فلا خلافَ في وجُوبِ القصاص، وقد سبق ذكره في الكتاب استشهاداً في مسألة «التجويع»، وإن كان جاهلاً بمرضه، فالصحيح وجوب القصاص أيضاً؛ لوجود القتل بصفة التعدِّي، فإنَّ ظنَّ الصحة لا يُبِيحُ الضرب، وفيه وجه: أنه لا يجب؛ لأن ما أتى به ليس بمهلك غيره، فلم يتحقَّق قصْدُ الإهلاك، وذكر أن هذا الوجه مأخوذٌ من

الخلاف فيما إذا شَهِدُوا على إنسانٍ بما يوجب القتْلَ، ثم رجَعُوا، وقالوا: تَعمَّدْنا، ولم نَعْلَم أنه يُقْتَل بقولنا، وأقرَبُ منه أخْذُه من الخلاف في الصورة السابقة، ويجوز أن يُعْلَم قوله في الكتاب: «فقولان» في مسألة المرتد بالواو، وكذا قوله: «فقولان» فيما لو ظن أنه قاتل أبيه؛ لما بيَّنَّا من اختلاف الطرق، وكذا قوله: «وجب القود» في مسألة المريض للوجه الآخر، وقد أعاد المسْألةَ في «باب الرجوع عن الشهادة» من «كتاب الشهادات» وذكر فيها الخلاف هناك واقتصر ها هنا على إيراد الصحيح.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الرُّكْنُ الثَّانِي: الْقَتِيلُ وَشَرْطُ كَوْنِهِ مَضْمُوناً بِالقِصَاصِ أَنْ يَكُونَ مَعْصُوماً، وَالعِصْمَةُ بِالإِسْلاَمِ وَالحُرِّيَّةِ وَالأَمَانِ، وَالحَرْبِيُّ مُهْدَرُ الدَّمِ، وَكَذَلِكَ المُرْتَدُّ لَكِنْ فِي حَقِّ المُسْلِمِ، وَفِي حَقِّ الذِّمِّي وَالمُرْتَدِّ خِلاَفٌ، وَمَنْ عَلَيْهِ القِصَاصُ مَعْصُومٌ فِي حَقِّ غَيْرِ المُسْتَحِقِّ، وَالزَّانِي المُحصَنُ يَجِبُ القِصَاصُ عَلَىٰ قَاتِلِهِ الذِّمِّيِّ، وَفِي المُسْلِمِ وَجْهَانِ لِتَرَدُّدِهِ بَيْنَ المُرْتَدِّ وَمَنْ عَلَيْهِ القِصَاصُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يُشْتَرَط لوجوب القصاص كَوْنُ القتيل مَحْقُونَ الدَّم مَعْصُوماً، إما بالإسلام أو بِعَقْد الحرية أو بالعَهْد والأمان[1]، فالحربيُّ مهدر؛ لأنه لاَ إيمانَ له، ولا أمان، وكذلك المرتدُّ مُهْدَرٌ، إنْ قَتَله مسلمٌ، وإن قتله ذمي أو مرتد، ففيه خلافٌ سيعود عن قريب وهناك نشرحه ـ إن شاء الله تعالى ـ فإن قيل بوجوب القصاص عليهما، فإما أن يقال: هذا مستثنًى عن قولنا: إن شرْطَ وجوب القصاص عصمةُ المقتول بأحد الوجوه الثلاث، وإما أن يقال: [إن] المرتد: معصومٌ عن الذميِّ والمرتدِّ بِمَا لَهُ من عُلْقة الإسلام، على ما سيأتي ـ إن شاء الله تعالى ـ ومَنْ عليه القِصاصُ، لو قتله غَيْرُ المستَحِقِّ يلزمه القصاص؛ لأنه ليس بمباح الدم، وإنما ثبت عليه حقٌّ قد يُتْرك، وقد يُسْتَوْفَىٰ، والزَّاني المحصَنُ لو قتله ذميٌّ يلزمه القصاص؛ لأنه لا تسلُّط له على المسلم، ولا حق له في الواجب عليه، ولو قتله مسلمٌ، فوجهان:

أحدهما: يجب القصاص؛ لأن الرجْم إلى الإمام، وأيدِي الآحادِ مصروفةٌ عنه، فأشبه ما إذا قَتَلَ مَنْ عليه قصاصٌ غَيْرُ مُستحِقِّه.

---

(١) اقتصر في المحرر والمنهاج على الإسلام والأمان ورأى دخول الجزية في الأمان، وقد اعترض في المطلب على الحصر في الثلاثة فقال: وقد بقي من أسباب العصمة ضرب الرق على كتابي بلا خلاف وعلى وثني ونحوه على المذهب وكذا الترهب على قول ولا يحتمل دخول الأول في لفظ الأمان نعم يدخل فيه زوجة المسلم بل يستحيل لأنه بالضرب صار مالاً مستحقاً للمسلمين ومال المسلمين في أمان ومثله نساء أهل الحرب وصبيانهم إذا وقعوا في الأسر.

والثاني: المنع؛ لأنه مباح الدمِ، فصار كالمرتدِّ، وربما بُنِيَ الخلافُ على أن الحدَّ لله تعالى، أو للمسلمينَ، والإمامُ نائبٌ عنهم في الاستيفاء.

إن قلنا: لله تعالى، فإذا قتله غير المستحِقِّ ونائبِه، لزمه القصاصُ، كما لو قَتَلَ مَنْ عليه القصاصُ غيرُ المستحِقِّ ونائبِه، وإن قلْنا: للمسلمين، فقد قتله أحد المستحِقِّين، فلا قصاص، والظاهر من الوجهَيْنِ على ما اختاره الإمام، ورواه عن المراوزة ورآه صاحب «التهذيب»: أنه لا يجب القصاصُ، ويُعزَىٰ ذلك[1] إلى النص، وفي فتاوى القَفَّال: أن مَنْ ترك الصلاة عمْداً حتى خرج وقْتُها، وكان يُؤمر بفعلها، فلا يفعَلُها، فلو قتله إنسان فلا قصاص عليه، وليكن هذا جواباً علَىٰ وجْهِ المنعِ في الزاني المُحْصَن.

قال: فلو جُنَّ قبل فعْلِها، لا يُقْتَل في حال الجنون، فلو قتله قاتلٌ حينئذ، وَجَب عليه القصاص، وكذا لو سَكِر، ولو جُنَّ المرتدُّ أو سَكِرَ، فقتله قاتل، فلا قِصاص لقيام الكُفْر.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الرُّكْنُ الثَّالِثُ: الْقَاتِلُ وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مُلْتَزِماً لِلأَحْكَامِ فَلاَ قِصَاصَ عَلَى الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ وَالحَرْبِيِّ، وَيَجِبُ عَلَىٰ الذِّمِّيِّ، وَفِي السَّكْرَانِ خِلاَفٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لا يجب القصاصَ على الصبيِّ والمجنونِ؛ لأن القَلَم مرفوعٌ عنهما، كما لا قِصَاص على النائم، إذا انقلب على إنسان؛ فقتله، ولأنهما لا يُكلَّفان بالعبادات الدينية، فأَوْلَىٰ أن لا يؤاخذا بالعقوبات البَدَنِيَّة، والمنقطع جنونُه كالعاقل في وقْتِ إفاقته، وكالمُطْبِق جنونه في وقت جنونه، ومَنْ وجب عليه القصاص، ثم جُنَّ، استوفى منه القصاص، سواءٌ ثبت موجب القصاص بإقراره أو بالبَيِّنة، بخلافِ ما إذا أَقرَّ بما يُوجِبُ الحدَّ ثم جُنَّ حيث لا يُسْتَوفىٰ منه الحَدُّ في جنونه؛ لأن الإقرار هناك يقْبَل الرُّجُوع.

وعن أبي حنيفة: أنه لا يقتص، منه في الجنون، وعن بعض أصحابه: أنه إن جُنَّ حين قَدِمَ للقصاص، اقتص منه، وإن جُنَّ قبله، لم يقتص منه، وفي وجوب القِصَاص على السكران طُرقٌ مختلفةٌ، على ما مرت في «الطلاق»، والظاهِرُ وجوبُه وأُلْحَق به المتعدِّي بتناول الأدوية المزيلة للعقل.

ولو قال القاتل: كنت يوم القتل صغيراً، وقال الوارث: كنت بالغاً، فالمصدَّق باليمين القاتل؛ لأن الأصل بقاءُ الصِّغَر، ولا يخفى أن هذا بشَرْط الإمكان، ولو قال: أنا صغير، فلا قصاص، ولا يُمْكن تحليفه؛ لأن التحليف لإثبات المحلوف عليه، ولو ثبَتَ صِباه، لبطلت يمينه، ولو قال: كنت مجنوناً عند القتل، وكان قَدْ عُهِدَ له جنونٌ،

---

(١) قال النووي: قال القاضي أبو الطيب في تعليقه: الخلاف إذا قتل قبل أن يأمر الإمام بقتله، فإن قتل بعد أمر الإمام بقتله، فلا قصاص قطعاً. والله أعلم.

فكذلك هو المصدَّق. وحكى القاضي الرويانيُّ وجْهاً: أن المصدَّق الوارثُ، إن كان الجنونُ الذي عُهِدَ له منقطعاً، وفي «الشامل» وجه مُطْلَقٌ: أنه المصدَّق لأن الأصل السلامة، ولو اتفقا على أنه كان زائلَ العَقْلِ، وقال القاتل: كنتُ مجنوناً، وقال الوارث: بل سكران، فالمُصدَّق القاتل، ولو أقام الوارثُ بينةً على أن القاتل كان عاقلاً يومئذ، وأقام القاتل بينةً على أنه كان مجنوناً، تعارضتا ولا قصاص على الحربيِّ؛ لأنه غير ملتزم للأحكام، ويجب على المرتد الذميِّ لالتزامه الأحكام والانقياد لها، هذا ما قاله الجمهور.

وحكى الشيخ أبو الحَسَن العبَّادِيُّ، أن أبا إسحاق الإسفرايني ذهب إلى أنه يجبُ على الحربيِّ ضمانُ النفسِ والمال تخريجاً من أن الكفار يُخَاطَبُون بالشرائع، قال: ويُعْزَىٰ هذا إلى المزنيِّ في «المنثور» فيمكن أن يُعْلَم لذلك قوله في الكتاب: «والحوبي» بالواو.

وقوله: «أن يكون ملتزِماً للأحكام» جعل الالتزام قيْداً يخرج به الصبيُّ والمجنونُ والحربيُّ جميعاً، أما الحربي، فإنه لم يلْتَزِمْ، وأمَّا هما، فليس لهما أهليَّةُ الالتزام.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَقَدْ يَتَصَدَّى النَّظَرُ فِي سِتِّ خِصَالٍ يَفْضُلُ بِهِ القَاتِلُ القَتِيلَ الخَصْلَةُ الأُولَىٰ الدِّينُ فَلاَ يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ، وَيُقْتَلُ اليَهُودِيُّ بِالنَّصْرَانِيِّ، وَلَوْ قَتَلَ ذِمِّيٌّ ذِمِّيّاً ثُمَّ أَسْلَمَ القَاتِلُ اَسْتُوفِيَ القَوَدُ، وَلَوْ أَسْلَمَ بَيْنَ الجُرْحِ وَالمَوْتِ فَوَجْهَانِ، وَلَوْ قَتَلَ عَبْدٌ مُسْلِمٌ عَبْداً مُسْلِماً لِكَافِرٍ لَمْ يَجِبِ القَوَدُ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ لِأَنَّ المُسْتَحِقَّ كَافِرٌ عِنْدَ القَتْلِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لمَّا تكلَّم فيما يُشْتَرَط في القاتل والقتيل، تَدَرَّج منه إلى الكَلام، فيما فَضَلَ القاتلُ القتيلَ، وهذه نسبةٌ تقوم بالطرفين، لا تَخْتَصُّ بأحدهما، ومن المعلوم: أن الخِصَال الَّتي قد يَفْضُل بها القاتلُ القتيلَ كثيرةٌ، وأنها بأَسْرِها لا تُؤَثِّر في [منع] القصاص، فتكلَّم في ستِّ خصال، فالثلاث الأولَىٰ منها تُؤثِّر في منْع القَصاصِ عندنا، والثلاث الأخيرةُ قد جَعَل بعض العلماء لها أثراً فَيَمسُّ الحاجةُ إلى النَّظَر فيها، وذكر الأصحاب ـ رحمهم الله ـ لضبط الثلاث:

الأُولىٰ: أنه تعتبر الكفاءة مِن القاتل والمقتول في الإِسْلام، أو في الكُفْر، إذا كان الكافران محقونَي الدَّم، وفي الحرية أو الرق، وفي انتفاء ولادة[1] أَحَدِهما للآخر، فإن لم يكن الشخصان متكَافِئَيْنِ في ذلك، قتل المفضولُ بالفَاضِل، ولم ينْعَكِسْ، ولو قيل: الشرْطُ أن لا يفْضُلَ القاتل القتيل بالإسلام والحرية والولادة، لكان مؤدياً للغرض، وذكر

---

(١) قال الشيخ البلقيني: يزاد على الثلاث خصلتان:
إحداهما: الذمة مع الردة فالذمي لا يقتل بالمرتد.
والثانية: السلامة مع الإسلام من إباحة الدم لحق الله تعالى. فإنه يؤثر في منع القصاص كما تقدم.

بعض الأصحاب للضَّبْط: إن مَنْ يُحدُّ بقَذْفِ الغَيْر، يُقْتَل بقتله، ومن لا، فلا.

إذا تقرَّر ذلك، فالخصْلة الأُولَىٰ الدِّين، فلا يقتل المُسْلم[1] بالكافر، حربيّاً كان، أو معاهَداً، أو ذمياً.

وبه قال مالك وأحمد، خلافاً لأبي حنيفة في الذميّ، وعنه في المُعَاهَدِ أيضاً رواية غير مشهورة.

لنا ما روي أنه ﷺ قال: «لا يُقْتَلُ مُؤْمِنٌ بِكَافِرٍ» والقياس على المُعَاهَدِ بجامع أن المقتول ناقصٌ بالكفر ويَقْتَل الذميُّ والمعاهَدُ بالمُسْلِم، والذِمِيُّ بالذميِّ، وإن اختلفت الملل كاليهوديِّ والنصرانيِّ؛ لأن الكفر كله كالملة الواحدة، ولو قَتَلَ ذِمِّيٌّ ذميّاً، ثم أسْلَم القاتلُ، فيُسْتَوْفَىٰ منه القَوَدُ؛ لأنهما كانا متكافِئَيْنِ حال الجناية، والاعتبارُ في العقوبات بحالِ الجنايات، ولا يُنْظَر إلى ما يَحْدُث بعدها؛ ألا تَرَىٰ أن العبْدَ إذا زَنَىٰ أو قَذَفَ، ثم أُعتِق، يقام عليه حدُّ العبد.

ولو جَرَحَ ذِميٌّ ذمياً أو معاهداً، وأسلم الجَارِحُ ثم مات المجروح بالسِّراية، ففي وجوب القصاص وجهان.

أحدهما: يجب؛ لأنه وُجِدَ التكافؤ حالة الجرح، والاعتبار بتلْك الحالة، فإنَّه [وقت] الفعْل الداخل تحت الاختيار، ولذلك نقول: لو جُنَّ الجارح ثم مات المجروح يجب القصاص.

والثاني: المنْع؛ اعتباراً بحالة الزهُوق؛ فإنَّ القصاص إنَّما يجِبُ بسَبَبِ الزهوق؛ ولذلك نقُولُ: لو جَرَحَ مُسْلِمٌ مُسْلِماً، فارتدَّ المجْروح، ومات لا يوجب القِصَاص، وهذا أصحُّ عند الإمام وجماعةٍ، والأكثرون رجَّحوا الأوَّل ورُبَّما لم يذكر غيره، وهذا الخلاف في قِصَاص النَّفْس، أما إذا كانت الجراحة بحَيْث يَجِب فيها القصاصُ، كما إذا قطع ذميٌّ يَدَ ذميٍّ، وأسلم القاطع ثم سَرَىٰ القَطْعُ، وجب القصاص في الطرف لا محالة، ثم القصاص فيما إذا طرأ إسلام القاتل بعد القتل وفيما إذا طرأ الإسلام بيْن الجرح والموت، وإن أوجبناه يستوفيه الإمام بطلب الوارث، ولا يفوضه إليه تحرزاً من

---

(١) وهو مذهب عمر بن عبد العزيز والأوزاعي وابن شبرمة والشافعي ومالك وأحمد وأبو ثور واحتج هؤلاء بما أخرجه البخاري في كتاب الديات/ باب العاقلة (١٢/٢٥٦) عن أبي جحيفة أنه قال سألت علياً هل عندكم شيء ليس في القرآن فقال: والذي فلق الحبة وبرأ النسمة ما عندنا إلا ما في القرآن إلا فهماً يعطي الرجل في كتابه وما في الصحيفة. قلت: وما في الصحيفة؟ قال: العقل وفكاك الأسير وأن لا يقتل مسلم بكافر. (عمدة القاري ١٩/٣٤٩)، (فتح الباري ١٢/ ٢٧٢).

تسليط الكافر على المُسْلم إلاَّ أن يُسْلِم، فيفوِّضه إليه، ولو قَتَلَ مسلمٌ ذمِّياً، ثم ارتدَّ أو جرَحَه وارتَدَّ، ثم مات المجْروحُ، فلا قصاص؛ لعدم التكافؤ حالَةَ الجناية، ويمكن أن يُقدَّر في الصورة الثانية خلافٌ، ولو قَتَل ذميٌّ مسلماً، ثم أسلم، لم يَسْقُط عنه القصاص، ولو قتل عبْدٌ مسلمٌ عبْداً مسلماً لكافرٍ، ففي وجوب القصاص وجهان:

أحدهما: المنْع؛ لأن فيه إثباتَ ابتداء القصاص لكافر على مسلِمٍ.

وأظهرهما: يجب؛ لأن العبدَيْنِ متكافئان متساويان في سبَب العِصْمَة، والسَّيِّد كالوارث، ولو مات وليُّ القتيلِ الذمّي وقد طرأ إسلام القاتل بعد القتل ثبت القصاص لوارثه، وهذا ما أورده صاحب «التهذيب» والعبَّاديُّ في «الرقم» وللخلاف نَظَرٌ إلى أن القصاص يثبت للوارث ابتداءً أو تَلَقِّياً، ولا فرق بين أن يكون العبد القاتلُ لمسلم أو لكافرٍ، وإذا قلْنا: بالوجوب، فيستوفيه الإمام بطَلَبِ السيِّد المستَحِقِّ، كما سبق، ولو قَتَل عبْدٌ كافرٌ عبْداً كافراً لمُسْلِمٍ، فعن القاضي الحُسَيْن فيه احتمالان:

وقوله في الكتاب: «عند القتل» مِنَ الكافِرِ في الفصْل الذي بلغته الدَّعْوة وفي الذي لم تَبْلُغه الدعوةُ وجْهٌ أن المُسْلِم يُقْتَل به، وسيأتي ذلك في «الديات» إن شاء الله تعالى.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **وَلَوْ قَتَلَ مُسْلِمٌ مُرْتَدّاً فَلاَ قِصَاصَ، وَلَوْ قَتَلَهُ مُرْتَدٌّ فَالظَّاهِرُ الوجُوبُ لِلتَّسَاوِي وَإِنْ كَانَ الحَرْبِيُّ لاَ يُقْتَلُ بِالحَرْبِيِّ، وَلَوْ قَتَلَهُ ذِمِّيٌّ وَجَبَ عَلَيْهِ القِصَاصُ أَوِ الدِّيَةُ فِي قَوْلٍ، وَلَمْ يَجِبْ شَيْءٌ فِي قَوْلٍ لِأَنَّهُ مُهْدَرٌ، وَيَجِبُ القَتْلُ فِي قَوْلٍ دُونَ الدِّيَةِ لِأَنَّهُ مُهْدَرٌ لَكِنَّهُ مَعْصُومٌ عَنِ الذِّمِّيِّ، وَفِي قَتْلِ المُرْتَدِّ بِالذِّمِّيِّ قَوْلاَنِ، وَجْهُ المَنْعِ أَنَّ فِيهِ عُلْقَةَ الإِسْلاَمِ وَيَجِبُ القِصَاصُ سِيَاسَةً.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه مسألتان:

إحداهما: وهي موجزة في الكتاب: لو قتل مرتدٌّ ذمياً، ففي وجوب القصاص عليه قولان:

أصحُّهما: وهو اختيار المزنيِّ: يجب؛ لتساويهما في الدِّين، ولأن المرتد أسوأ حالاً في الذميِّ؛ لأنه لا تحل ذبيحته، ولا يُقَرُّ بالجِزْية، فأَوْلَىٰ أن يُقْتل بالذميِّ.

والثاني: المنع، ويحكى ذلك عن اختيار ابن سُرَيْج ـ رحمه الله ـ لأن عُلْقَةَ الإسلام باقيةٌ في المرتدِّ؛ ألا ترى أنه يجب عليْهِ قضاء الصلوات، ويَحْرُم استرقاقه، ولا يُمَكَّنُ الذميُّ مِنْ نكاح المرتدَّة، وإذا قلْنا: بوجوب القصاص، فلو جَرَحَ مرتدٌّ ذمياً، وأسلم الجارحُ، ثم مات المجْروح، فعلى ما ذكرنا فيما إذا جَرَح ذميٌّ ذمياً، وأسلم الجارحُ، ثم مات المجروح، ويُقدَّم القتل بالقصاص على القَتْل بالرِّدَّة، فإن عفا

المستَحِقُّ، قُتِلَ بالردة، وتُقْضَىٰ الديةُ من ماله وكذا الحكْمُ إذا قلْنا: لا يجب القصاص.

الثانية: لا قصاصَ على المُسْلِم بقتل المرتدِّ، ولو قتل مرتدٌّ مرتدّاً، ففي وجوب القصاص عليه وجهان:

الصحيح منهما: الوجوب، كما لو قتل ذميٌّ ذمياً.

والثاني: المَنْعُ؛ لأن المقبول مباحُ الدَّم، وأجرى الخلافُ فيما لو قتل الزاني المحصنُ مثلَهُ، أو قتل المرتدُّ زانياً محصَناً، ولَا خلاف في أنه لا يجب القصاص على الزاني المحْصَن، إذا قتل ذميّاً أو مرتدّاً، وإن كان يستحقُّ القتْلَ لاختصاصه بفضيلة الإسلام، ولو قتل ذميٌّ مرتدّاً، ففي وجوب القصاص قولان أو وجهان:

أصحهما: المنع؛ لأنه مباح الدم، ولا يجب القصاص بقتله، كالحربيِّ، وكما لو قتله مسلِمٌ.

والثاني: يجب؛ لأن استحقاق قتْلِه للمسلمين، فإذا قتله غيرهم، كان كما قَتَل مَنْ عليه القصاصُ غيرُ المستحِقِّ، وعن القفَّال وغيره: بناء هذا الخلاف على القَوليْن في المسألة الأُولىٰ، فإنْ قلنا يقتل المرتدُّ بالذميِّ؛ لأنه أسوأ حالاً منه، فلا يُقتل الذميُّ بالمرتدِّ؛ لأنه معصومٌ، وإن قلْنا: لا يُقتل المرتدُّ بالذميِّ؛ لبقاء عُلْقة الإسلام فيه، فيُقْتل الذميُّ به، وفي «التهذيب» طريقة أخرَىٰ قاطعة بِمَنْع القصاص.

تفريعٌ: إن قلْنا بوجوب القصاص، فقد ذكر الإمام: أن الشيخ أبا عليٍّ ـ رحمه الله ـ قال: يستوفيه الإمام أو مَنْ يَنُوب عنه، وأنه حَكَىٰ قولاً غريباً: إن حقَّ الاستيفاء لقريبه المسلم الذي كان لو كان مسلماً، وإذا عفا المستحِقُّ واختار الدية، أو كان القتْلُ خطأً، ففي وجوب الدية وجهان:

أحدهما: تجبُ الدية كما يجب القصاص.

والثاني: المنْع؛ لأنه لا قيمة لدمه، وإنما أوجَبْنا القصاص؛ لأن الذميَّ يقتله عناداً لا تديُّناً؛ فإنه يعتقده محقون الدم، بخلاف المُسْلِم، فقتلْنَاه به زجْراً وسياسةً، وقد يقال: هذا المعنى إنْ كان يَقْتَضِي الفرْقَ بين الذميِّ، والمسلم في القصاص فكذلك يقتضي الفَرْق بينهما في الدية، حتى يقال: لا قيمة لدمه في حَقِّ المسلم دون الذمي، كما لا يقال: لا قِصَاصَ بقتله في حق المسلم دون الذمي، وليس في التوجيه المذكور ما يوجِبُ الفَرْق بين القصاص والدية، وإذا جمعنا بين القصاص والدية، واختصرْنا، حَصَلَتْ ثلاثةَ أوجه أو أقوالٍ، كما في الكتاب.

أحدهما: يجب القصاص في العَمْد والدية في الخَطَأ، وبه قال ابن أبي هُرَيْرة.

وأصحُهما: لا يجب واحدٌ منهما، وبه قال أبو إسحاق.

والثالث: الفرق بين القصاص والدية وبه قال أبو الطيِّب بن سلمة، وحكاه صاحب «التهذيب» والإمام عن الإصطخريُّ.

وإذا فرَّعنا على وجوبِ القِصاص فيما إذا قَتَل مرتدٌ مرتدّاً، فيجيْء في وجوب الدية مثْلُ هذا الخلاف، وفي الديةِ الواجبةِ يُقْتل المرتدُّ تفريعاً على قولِ مَنْ أوجبها؟ وجهان حكاهما القاضي الرويانيُّ أحدهما: دية المُسْلمين؛ لبقاءُ عُلْقة الإسلام.

والثاني: أخسُّ الديات، وهي دية المجوسيِّ؛ لأنه لا دِينَ له، وهذا ما أورده صاحب «التهذيب».

وقوله في الكتاب: «والظاهر وجوبه للتساوي وإن كان الحربيُّ لا يقتل بالحربيِّ» يعني أنهما متساويان في الدِّين، متكافئان فلْيُقْتَل أحدهما بالآخر، بخلاف الحوبي مع المرتد، فإن الحربيَّ لم يلتزمْ أحكام الإسلام، والمرتدّ التزمه فأديم حكمه عليه. وقوله: «فيما إذا قتله الذمي «في قول» «وفي قول» يجوز أن يُعْلَم بالواو؛ للطريقة القاطعة بِمَنْعِ القصاص.

وقوله: «ويجب القصاص سِيَاسَةً» أبدل في بعض النسخ لفظ «القصاص» بالقتل إشارةً إلى أنه يقتل به زجراً، وليس سبيلُه سبيلَ القصاص الذي تَخْلُفه الدية، لكن قضيَّة هذا إلحاقُه بالحُدُود وإخراجه عن أن يكون حقُّ الوليّ وأن لا[1] يؤثر عفوه فيه، وليس الأمر كذلك عند مَنْ يقتله به، فيَجُوز إبقاء لفْظِ «القصاص» بحاله وكذلك هو في «الوسيط».

وقوله: «لأنه مهدر» و«لكنه معصوم عن الذميِّ» لِيُحْتَلْ على ما قدَّمنا أن إهداره بالإضافَةِ إلى المُسْلِم دون الذِّمِّيِّ على ما فيه من الإشكال. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الخُصْلَةُ الثَّانِيَةُ: الحُرِّيَّةُ فَلاَ يُقْتَلُ حُرٌّ بِرَقِيقٍ كَمَا لاَ يُقْطَعُ يَدُهُ بِيَدِهِ، وَيُقْتَلُ الرَّقِيقُ بِالرَّقِيقِ وَبالحُرِّ، وَيقْتَلُ المُسْتَوْلَدَةُ وَالمُكَاتَبُ بِالقِنِّ، وَمَنْ نِصْفُهُ حُرٌّ وَنِصْفُهُ عَبْدٌ لاَ يُقْتَلُ بِمَنْ هُوَ فِي مِثْلِ حَالِهِ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ لِأَنَّ تَخْصِيصَ جُزْءِ الحُرِّيَّةِ بِمِثْلِهَا غَيْرُ مُمْكِنٍ، وَالإِشَاعَةُ تُؤَدِّي إِلَىٰ اسْتِيفَاءِ الحُرِّ بِالرَّقِيقِ، وَلاَ قِصَاصَ بَيْنَ العَبْدِ المُسْلِمِ وَالحُرِّ الذِّمِّيِّ إِذِ الفَضِيلَةُ لاَ تُجْبَرُ بِالنَّقِيصَةِ، وَلَوِ اشْتَرَىٰ المُكَاتَبُ أَبَاهُ ثُمَّ قَتَلَهُ فَفِي القِصَاصِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَتَلَ غَيْرَ أَبِيهِ مِنْ عَبْدِهِ فَلاَ قِصَاصَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لا يُقْتَل حرٌّ برقيق ولا قِنٌّ ولا مُدَبَّرٌ ولا مكاتَبٌ ولا أمُّ ولَدٍ ولا مَنْ بعضُه رقيقٌ، سواءٌ كان هؤلاء له أو لغيره، وبه قال مالك وأحمد، وقال أبو حنيفة: يُقْتَل الحرُّ بعبد الغير، واحتج الأصحاب بما رُوِيَ عن ابن عباسٍ ـ رضي الله عنه ـ أن

---

(١) سقط من: ز.

النبيَّ ﷺ قال: «لا يُقْتَلُ حُرٌّ بِعَبْدٍ»[1] وبأن حرمة النفس أعظم من حرمة الطَّرَف، وبالاتفاق لا يُقْطَع طَرَف الحرِّ بطَرَف العبد، فأَوْلَىٰ أن لا يُقْتَلَ به، ويقتل القِنُّ والمكاتَبُ والمُدَبَّر وأمُّ الولد بعضُهم ببعض، وعن أبي حنيفة: أنه لا يُقْتل القِنُّ بالمُكَاتَبِ إذا خلَّف وفاء ووارثاً، ولو قَتَل عبدٌ عبداً، ثم عَتَق القاتلُ، أو جَرَحَ وعَتَقَ، ثم مات المجروح، فعلى ما ذكرنا فيما إذا قَتَل ذميٌّ ذمياً أو جرَحَهُ، ثم طرأ الإسلام، ولو عَتَق بعْد إرسال الحر السَّهْم وقبل الإصابة، فلا قصاص، وكذا في إسلام الذميِّ عقيب إرسال المسلم السَّهْمَ، ذكره القاضي الرويانيُّ وغيره، ولو قَتَلَ مُسْلِمٌ حُرٌّ مَنْ لا يَعْلَمُ أنه مُسْلِمٌ أو كافرٌ أو مَنْ لاَ يعْرِفُ أنه حُرٌّ أو عَبْدٌ، فلا قصاص للشبهة قاله في «البحر» وحكى القاضي ابن كج: أنه لو حَكَم حاكمٌ بقتل حُرٍّ بعبدٍ، لم يُنْقَضْ حكمه، وأنه لو حكم بقَتْل مسْلِمٍ بذميٍّ، نقض حكمه قال: ويحتمل أن لا ينقض أيضاً وهو الوجه.

ثم في الفصل الثالث صور:

إحداها: مَنْ بعضه حرٌّ وبعضه رقيقٌ؛ إذا قَتَل مَنْ بعْضُه حرٌّ وبعضُه رقيقٌ، نُظِر؛ إن كان القَدْرُ الحرُّ من القاتل أكْبَرَ، فلا قصاص، وإن تساوى القَدْران، أو كان ما هو حُرٌّ من المقتول أكْبَر، ففيه وجهان:

أشهرهما: عند المتقدِّمين وبه قال الشيخ أبو حامد والقاضي الماورديّ: أنه يجب القصاص، أما في الصورة الأولَىٰ؛ فلتساويهما في الرِّقِّ والحرية. وأما في الثانية: فلأن المفضول يُقْتَلُ بالفاضل.

وأظهرهما: عند المتأخرين، وهو اختيار القاضي أبي الطيِّب والقفَّال، المنع؛ لأنه لا يُقْتَل ببعْضِه الحرِّ البَعْضُ الحرُّ وبالرقيق الرقيق، بل يُقتَل جميعُه بجميعه[2]؛ ولهذا لو كان القتْل خطأً أو آل الأمْرُ إلَىٰ المال، تفريعاً على أنه يجب القصاصُ، أوجبنا نصْف الدية ونصْفَ القيمة مثلاً، فلا نقولُ: نصْف الدية في مال القاتل، ونصْفُ القيمة يتعلَّق

---

(١) رواه الدارقطني [٣/ ١٣٣] والبيهقي [٨/ ٣٥] من حديث ابن عباس، وفيه جويبر وغيره من المتروكين، ورويا أيضاً عن علي قال: من السنة أن لا يقتل حر بعبد، وفي إسناده جابر الجعفي، وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن أبا بكر وعمر كانا لا يقتلان الحر بقتل العبد، ورواه أحمد أيضاً، وروى الدارقطني من هذا الوجه مرفوعاً بلفظ: إن رجلاً قتل عبده متعمداً، فجلده النبي ﷺ ونفاه سنة، ومحا سهمه من المسلمين، ولم يقده به، وفي طريقه إسماعيل بن عياش، لكن رواه عن الأوزاعي، وروايته عن الشاميين قوية، لكن من دونه محمد بن عبد العزيز الشامي قال فيه أبو حاتم: لم يكن عندهم بالمحمود، وعنده غرائب، ورواه ابن عدي من حديث عمر مرفوعاً قال الحافظ في التلخيص: وفيه عمر بن عيسى الأسلمي وهو منكر الحديث.

(٢) رجح الشيخ في المنهاج تبعاً للمحرر الثاني.

برقبته بفدية السيِّد، إن شاء، بل يجب رُبُعُ الديةِ ورُبُعُ القيمة في ماله، ويتعلَّق ربع الدية وربع القيمة برقبته، وإذا وقع الاستيفاء شائعاً، لزم قتل البعْضِ الحرِّ بالبعض الحرِّ والرقيق معاً، وشُبِّهَ هذا بما إذا بَاعَ شِقْصاً وسيفاً قيمةُ كلِّ واحدٍ عَشَرةٌ بعَبد، وثوب قيمةُ كل واحد عَشَرةٌ، فإنه لا يجعل الشِّقْصَ مثلاً في مقابلة العبد أو الثوب بل المقابل له النصْفُ مِنْ هذا والنصْفُ من ذاك.

الثانية: إذا قَتَل عَبْدٌ مسلمٌ حرّاً ذميّاً، فلا قصاص؛ لأن المسلم لا يُقْتَل بالذميِّ وإذا قتل حرٌّ ذميٌّ عبْداً مسلماً، فلا قال الإمام: قصاص؛ لأن الحرَّ لا يُقْتَل بالعَبْد، القول في كفاءة النكاح: إن الفضيلة تجبر بالنَّقِيصَة، فلا يجيْء مثْلُها ها هنا، وكذلك لو قَتَل الكافرُ ابْنَهُ المُسْلِمَ أو الابْنُ المُسْلِمُ قَتَلَ أَبَاهُ الكَافِرَ فلا قصاص؛ لاختصاص القاتل بما يَمْنَعُ القصاص.

الثالثة: لو قتل المكاتَبُ أباه، وهو في مِلْكِهِ ففي القصاص وجهان:

أشبههما: المنع؛ لأنه مملوكه، والسيد لا يُقْتَلُ بعبده.

والثاني: وَيُحْكَىٰ عن إشارة النص: أنه يجب؛ لأن أباه إذا دخل في مِلْكه تكاتب عليه، ويثبت له حقُّ الحرية، كما يثبت للمكاتَبِ، فأشبه ما إذا قَتَل الحرُّ أباه، ولو قتل المكاتَبُ سائرَ عَبِيدِهِ، فلا قصاص، كما قول قَتَل الحرُّ عبْدَهُ، هذا هو المذهب المشهور وفي «البحر» حكاية وجه آخر بناءً على أن المكاتَبَ عبد ما بَقِيَ عليه دِرْهَمٌ[1].

وقوله في الكتاب: «وتُقْتَلُ المستولدةُ والمكاتب بالقِنِّ» خصهما بالذِّكْر بعد قوله: «ويقتل الرقيق» لِيُعْرَف أن توقُّع الحرية واستحقاقَهَا في المستقبل لا يَمْنَع القصاص، وإنَّما المؤثِّر الحريةُ النَّاجِزَةُ عند القتل، حتى لو قتلت مستولدةٌ قِنّاً، ولم يُقْتَصَّ منها، حتى عَتَقَتْ، لم يَسْقُطِ القصاص، ولو قتل ذميٌّ عبداً ثم التحق بدار الحرب فسُبِيَ وأُرِقَّ لم يُقْتَصَّ منه؛ لأنه كان حرّاً يَوْمَ القتل.

وقوله: «ولو اشترى المكاتَبُ أباه» التصوير في الشراء إنما يصحُّ فيما إذا اشترى بإذن السيد على أحَدِ القولين فأما بغير إذنه فلا يصحُّ بلا خلاف.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الخَصْلَةُ الثَّالِثَةُ: الأُبُوَّةُ وَلاَ يُقْتَلُ وَالِدٌ بِوَلَدِهِ، وَكَذَا الأَجْدَادُ**

---

(١) قال النووي: إذا أوجبنا القصاص، استوفاه سيد المكاتب، لأنهما عبدان للسيد، قتل أحدهما الآخر، فهو كما لو قتله أجنبي. والله أعلم.

قد اعترض عليه في الحكم والتوجيه. أما الحكم فإن سيد المكاتب لا حق له في عبد المكاتب فكيف يقتص ما لا يستحقه، وأما التعليل فلأن المكاتب وإن كان عبد مكاتبه فعبد المكاتب ليس كذلك وأعجب من ذلك.

وَالجَدَّاتُ، إِذْ لاَ يَحْسُنُ أَنْ يَكُونَ مُعْدِماً لِسَبَبِ وُجُودِهِ وَكَذٰلِكَ لاَ يَقْتُلُ الجَلاَّدُ أَبَاهُ وَلاَ الغَازِي، وَلَوْ قَتَلَ زَوْجَةَ ٱبْنِهِ فَلاَ قِصَاصَ إِذْ ٱبْنُهُ وَارِثٌ فَيَسْقُطُ نَصِيبُهُ، فَلَوْ تداعَىٰ رَجُلاَنِ مَوْلُوداً فَقَتَلَهُ أَحَدُهُمَا تَوَقَّفْنَا فَإِنْ أَلْحَقَهُ القَائِفُ بِهِ فَلاَ قِصَاصَ، وَإِنْ أَلْحَقَهُ بِالثَّانِي ٱقْتَصَّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لا قصاص على الوالد بقَتْل الولَدِ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد، وعن مالك: أنه إن تعمَّد قتله، فعليه القصاص، ويُرْوَىٰ أنه إن أضْجَعَه وذبحه، فعليه القِصاص، وإن حذفه بالسيف، فلا؛ لاحتمال أنه قَصَد التأديب.

لنا: ما رُوِيَ أنه ﷺ قال: «لاَ يُقَادُ الوَالِدُ بِالوَلَدِ»[1] ولأن الوالد سبب لوجود الولد، فلا يَحْسُنُ أن يَصِيرَ الولَدُ [سبباً معدماً له، ولا يليق ذلك بحرمة الأبوة، ولرعاية حرمته، قلنا: إنه لا يُحَدُّ بقذف ابنه، وكرِهْنا للجلاَّد أن يقتل أباه حدّاً وقصاصاً، وللغازِي أن يَقتل أباه الكافِرَ، وستعود صورة الغازِي في «[كتاب] السير».

والأمُّ كالأب، وكذا الجدات والأجداد لا يُقْتَلُون بالأحفاد، سواءٌ قَرِبُوا أو بَعدُوا، وسواء كانوا من قبل الأب أو من قبل الأم.

وعن صاحب «التلخيص» وأبي الطيِّب بن سلمة روايةُ قول في الأجداد والجدات، قال الإمام: وهذا لا يقبله الأصحابُ منصوصاً ولا مُخرَّجاً، ولعله أُخِذَ من قول الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ في أن الرجُوعَ في الهبة تختص بالأبوَيْنِ، وليس هذا على وجهه، فإن اللائق بالهبة منْعُ الرجوعِ والاقتصار على مورد الخبر، واللائق بالقِصَاصِ إذا عهد ما يَدْرَأ العقوبة ألاَّ يخصِّص وحَكَىٰ خلافاً ذُكِرَ فِي أن القصاص لا يَجِبُ على الأبِ أو يجِبُ ثم يسقُطُ؛ لتعذُّر الاستيفاء؟

قال: وهذا من حشْوِ الكلام، والمانعُ من الاستيفاء مانعٌ من الوجوب، ولو قضى قاضٍ بقتل الوالد بولده قال القاضي ابن كج: يُنْقَضُ حكمه، وليكُنْ هذا في الموضع

---

(١) [أخرجه الترمذي [١٤٠٠] عن عمر، وفي إسناده الحجاج بن أرطاة، وله طريق أخرى عند أحمد [١٤٨]، وأخرى عند الدارقطني والبيهقي أصح منها، وفيه قصة، وصحح البيهقي سنده لأن رواته ثقات، ورواه الترمذي أيضاً من حديث سراقة وإسناده ضعيف، وفيه اضطراب واختلاف على عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، فقيل عن عمرو، وقيل عن سراقة، قيل بلا واسطة وهي عند أحمد، وفيها ابن لهيعة، ورواه الترمذي أيضاً وابن ماجه [٢٦٦١] من حديث ابن عباس، وفي إسناده إسماعيل بن مسلم المكي وهو ضعيف، ولكن تابعه الحسن بن عبيد الله العنبري، عن عمرو بن دينار قاله البيهقي رواه الحاكم [٢/٢١٦] وقال عبد الحق: هذه الأحاديث كلها معلولة لا يصح منها شيء، وقال الشافعي: حفظت عن عدد من أهل العلم لقيتهم أن لا يقتل الوالد بالولد، وبذلك أقول: قال البيهقي: طرق هذا الحديث منقطعة، وأكده الشافعي بأن عدداً من أهل العلم يقولون به].

الذي يساعدنا فيه مالك، ويُقْتَلُ الولدُ بالوالِدِ، وكذا سائرُ المحارِمِ يُقْتَل بعضُهم ببعض، ولو قَتَل الأبُ الرقيقُ عَبْدَ ابنه، فلا قصاص؛ لأن قصاص العبد لسيده والابن لا يقتص من أبيه، [ولو قَتَلَ الابْنُ الرقيقَ عبد الأب فله أن يقتصَّ][(١)].

ثم في الفصْل مسألتان:

إحداهما: لو قَتَل مَنْ يرثه ولَدُ القاتل، لم يجب القصاص، كما لو قتل زوجةَ ابنه، أو زوجته ولها منه ولدٌ أو قتلت أم الولد سيِّدَها، وورثه ولدُها منه، ولو ثبت القصاص لغَيْر ولدِ القاتل، ثم انتقل أو بعْضُه إليه، كما إذا قَتَل أبا زوجته، ثم ماتَتِ الزوجة، ولها منه ولد، أو قَتَلَ ابْنُ معتق ابنه، ثم مات المُعْتَق، وورثه ابنه، فلا قِصَاص، وكذلك الحُكْم، لو ورث القاتلَ مستَحِقَّ القصاص الواجب عليه، كما إذا قتل أباه، وثبت القصاص لأخيه، ثم مات الأخ، ولم يُخلِّف إلا القاتل أو خَلَّف معه بنتاً.

قال الإمام ـ رحمه الله ـ: والوجه ها هنا أن يُقَال: ورث ولده القِصَاصَ ثم قتل أو وَرِث القصاص الواجب عليه، ثم سقط لأنه لو لم يرث القصاص، لورثه غيره، ولَمَا سقط، وقد يتعلَّق بهذا من يقول: يجب القصاصُ على الأبِ بِقَتْلِ الابن، ثم يسقط، لكن سبب السقوط ها هنا استحقاقُ الولَدِ واستحقاقُه قصاصُ نفسه، مما لَمْ يَثْبُت الاستحقاق، لا يتوجه السقوط، فهو كما لو اشترى قريبه الذي يُعْتَق عليه، لَمَّا لم يتصوَّر العتق، إلا في المِلْك، ثبت الملك ثم زال، وإذا اشترى نفسه من سَيِّده، ملك نفسه، ثم ترتَّب العِتْق عليه.

المسألة الثانية: إذا تداعَىٰ رجلان مولوداً مجهولاً ثم قَتَله أحدهما أو قتلاه، فلا قصاص في الحال؛ لأن أحدهما أبوه ثم إن ألحقه القائف بأحدهما، فإن كانا قد اشتركا في قتله، فلا قصاص على الذي أُلْحَقَ به، ويُقْتَصُّ من الآخر فإنه شريكُ الأب، وحكَىٰ القاضي ابن كج وجهاً: أنه لا يقتص من الآخر أيضاً، ووجِّهه بأن إلحاق القائف، مبني على الأمارات وهو ضعيف، فلا يُنَاط به القصاص الذي يَسْقُط بالشبهات، بخلاف الإلحاق بالفراش، وإن كان قد قتله أحدهما، فإن ألحقه بالقاتل، فلا قصاص، وإن ألحقه بالآخر، اقْتُصَّ من القاتل، وكذا لو ألحقه بغيرهما، وينْبَغِي أن يَعُودَ الوَجه الذي حكاه القاضي[(٢)] [ابن كج].

وإن رَجَعا عن الدعوة، لم يُقْبَل رجوعهما؛ لأنه صار ابناً لأحدهما، وفي قَبُول

---

(١) سقط من: أ.

(٢) وما بحثه من جريان الوجه هنا هو المجزوم به في الحاوي للماوردي في كل من الصورتين. وكذا جعل محل الوجوب إذا ألحقه القائف بغير قاتله قبل القتل.

الرجُوعِ إبطالُ حقِّه من النسب، وإن رجع أحدهما، وأصر الآخر، فهو ابن الآخر، فيُقْتَصُّ من الراجع، إن اشتركا في قتله، أو كان هو القاتلَ هذا إذا لَحِقَ المولودُ أحدَهما بالدعوة، أما إذا لَحِقَ بالفراش، كما إذا نَكَح معتَّدةً، فأتت بولد يتصوَّر أن يكون من الزوج الأول، وأن يكون من الثاني، أو فرض وطء شبهة، فإنما يتعيَّن أحدهما بإلحاق القائف أو بانتساب المولود بعْدَ البلوغ فلو نفاه أحدهما، فيتَعيَّن للثاني، أو يبقى الإبهام حتى يُعْرَض على القائف أو يَنْتَسب؟ فيه قولان مذكوران في باب القائف، والأصح الثاني، وإذا ألحقه القائف بأحدهما، [وقد قتلاه، فيقتص من الآخر، وإنْ قتله أحدهما، لم يَخْفَ الحكم، وإن ألحقه بأحدهما،][(١)] أو انتسب بعد البلوغ إلى أحدهما، ثم قتله الَّذي لَحِقَه، لم يقتص منه، فإن أقام الآخر بَيِّنةً على نسبه لحقه، واقْتُصَّ من الأول وحيث فرضْنا إلحاق القائف بعْد القتل، فذاك مُفَرَّعٌ على جواز عرْضِ المولود بَعْدَ موته على القائف وهو الصحيح، وفيه وجه آخر يذكر في موضعه ويمكن أن يُفْرَض العَرْض في حياته، وتأخيرُ الإلحاق إلى ما بعد المَوْت.

وقوله في الكتاب: «ولا يُقْتَل والدٌ بولَدِه» مُعْلَم بالميم.

وقوله: «وكذا الأَجْدَاد والجدَّات» ويجوز أن يقرأ وكذلك باللام وقوله: «ولذلك لا يَقْتُل الجَلاَّد أباه» يجوز أن يقرأ «لذلك» ويجوز أن يقرأ «ولذلك» بالواو وقوله: «وإن ألحقه بالثاني اقْتَصَّ» قياس ما حكاه القاضي ابن كج إعلامه بالواو، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ قَتَلَ أَخَوَانِ أَبَوَيهِمَا مَعاً أَحَدُهُمَا الأَبَ وَالآخَرُ الأُمَّ كُلّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَسْتَحِقُّ قِصَاصَ صَاحِبِهِ فَإِنْ سَبَقَ أَحَدُهُمَا إِلَىٰ ٱلاقْتِصَاصِ سَقَطَ قِصَاصُهُ لِأَنَّهُ وَرِثَ مِنْ أَخِيهِ قِصَاصَ نَفْسِهِ إِذَا قُلْنَا: القَاتِلُ بِالحَقِّ لاَ يُحْرَمُ المِيرَاثَ، وَلَوْ قَتَلَ أَحَدُهُمَا الأَبَ أَوَّلاً ثُمَّ قَتَلَ الثَّانِي الأُمَّ سَقَطَ القِصَاصُ عَنْ قَاتِلِ الأَبِ لِأَنَّهُ وَرِثَ مِنَ الأُمِّ حِصَّةَ قِصَاصِ نَفْسِهِ وَلَمْ يَرِثْ قَاتِلُ الأُمِّ مِنَ الأُمِّ لأَنَّ القَاتِلَ مَحْرُومٌ هَذَا إِنْ كَانَتِ الأُمُّ زَوْجَةَ الأَبِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَسْتَحِقُّ قِصَاصَ صَاحِبِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أخوانِ لأَبٍ ولأُمٍّ، قَتَل أحدُهما الأَبَ، والآخَرُ الأمَّ، فإما أن يقتُلاَهما معاً أو علَىٰ التعاقُبِ، والاعتبار في المعيَّة، والتعاقبُ بزهوق الرّوح لا بالجُرْح.

الحالَةُ الأُولَىٰ: إذا قتلاهما معاً، فكلُّ واحدٍ منهما يستحقُّ القصاص على الآخرِ، فإنْ عفا أحدهما، فللمعفو عنه أن يقتصَّ من العافي يُقَدَّم لاستيفاء القصاص مَنْ خرجَتْ

---

(١) سقط من: أ.

قرعته، وإذا استوفَىٰ أَحَدُهُما القِصاصَ بالقرعة، أو بادر إليهِ مِنْ غير قرعة، فإنْ قلْنا: القاتل بالحَقِّ لا يُحْرَم الميراث، ولم يكن للمقتصِّ منه مَنْ يحجبه سَقَطَ القِصَاصُ عن المُبَادِرِ؛ لأنه ورث القصاص المستَحقَّ على نفسه أو شيئاً منه، وإن قلْنا يحرم الميراث، وهو الأظهر أو كان هناك من يَحْجُبه، فللوارث المقتَصِّ منه أن يقتص من المُبَادِرِ.

الحالة الثانية: إذا وَقَعَ القَتْلان على التعاقُبِ، فإن كانت الزوجية قائمةً بين الأبوين، فلا قصاص على مَنْ قَتَل أولاً؛ ويجب على من قَتل آخراً؛ وذلك لأنه إذا سَبَق أحدُهما إلى قتْل الأب، لم يَرِثْ من الأب، وكان حقُّ القصاص للابْنِ الآخِر، وللأم بالزوجية، فإذا قَتَل الآخرُ الأمَّ، كان الأوَّل هو الذي يرثُهَا، فينتقل إليه القِصَاص المستحَقُّ عليه، ويَسْقُطِ، ولو تقدَّم قتْلُ الأمِّ وتأخَّر قَتْل الأبِ، سقَطَ القصاص عن قاتل الأم، وَثَبَت على قاتل الأب، وإذا اقتص القاتل الأوَّلُ من الآخر، وقلْنا: القاتل بالحق يحرم عن الميراث، أو كان للمقتصِّ منه مَنْ يحجبه، فلورثة المقتص منه نصيب من دية القتيل الأول، يُطَالِبُون به القاتِلَ [الأول]، وإن لم تَكُنِ الزوجيةُ قائمةً بين الأبوين، فلكل واحدٍ منهما حقُّ القصاص على الآخر، ويكون التقديمُ بالقُرْعة أو يقدَّم للقصاص مَنِ ابتدأ بالقَتْل؟ فيه وجهان: ميل الإمام والقاضي الحُسَيْن إلى الأوَّل منهما، وبالثاني أجاب القاضي الرويانيُّ وغيره[1]، ولو بادر الذي أردْنا الاقتصاص منه، إما بالقرعة أو لابتدائه بالقَتْل، عاد النَّظَر في أن القاتل بالحقِّ، هل يُحْرَمُ الميراث، وأنه هل خَلَّف المقتُول من يحْجُبه على ما بيَّنا وحكى القاضي الرويانيُّ عن الأصحاب فيما إذا وقَع القتلان معاً، وأقْرَعْنا للبداية فخرجَتِ القرعة لأحدهما؛ أنه لو وَكَّل مَنْ خرجَتْ له القرعة جاز؛ لأنه يقتصُّ له في حياته، ولو وكَّل الآخَرَ، لم يَجُزْ؛ لأنه يقتص له بعد قتله ولا تبقى الوكالةُ حينئذ، قال: وعندي أنَّ توكيله صحيحٌ أيضاً؛ ألا ترى أنَّه لو بادر وكيلُه، فقَتَل، لم يلزمْه شيْءٌ، لكن إذا قتل الموكّل، بطَلَتِ الوكالة[2].

وقوله في الكتاب: «كُلُّ واحدٍ منهما يستحق قِصَاص صاحبه» يجوز أن يُعْلَم بالواو؛ لأن القاضي أبا القاسم ابن كج حكى وجهاً عن أبي علي بن أبي هريرة وأبي الحُسَيْن بن القطَّان فيما إذا قتل زيد ابناً لعمرو وعمرو ابناً لزيد، وكلّ واحد من الأبوين متفرد بالإرث أنه يقَعُ التقاص، ولا قصاص بينهما وفي «الرقم» للعبَّاديِّ مثلُه ذلك الوجه

---

(١) قال النووي: لم يعبر عن ترجيح الوجهين بما ينبغي، فقد قطع بالإقراع الشيخ أبو حامد والمحاملي وابن الصباغ وغيرهم، وقطع بالثاني القاضي أبو الطيب والبغوي وغيرهم، ونقله الإمام عن الأصحاب، مع أنه رجح الإقراع، والأرجح ما نقله عن الأصحاب.

(٢) قال النووي: ولو وكل كل واحد من الأخوين وكيلاً قبل الإقراع، صح، ثم يقرع بين الوكيلين، فإذا اقتص أحدهما، انعزل الآخر.

لا بد وأن يجيْء فيما نحْنُ فيه. وقوله: «لأنه ورث من أخيه قصاص نفسه، إذا قلْنا: القاتل بالحَقِّ لا يُحْرَمُ الميراثَ» التفريعُ على هذا القول لا يكْفي لميراثه أنه قصاصُ نفسه بل له شَرْطٌ آخَرُ، وهو أنه لا يخلف المقتص منه مَنْ يحجبه على ما تَبيَّنَ.

وقوله: «هذا إنْ كانت الأم زوجةَ الأب» يرجع إلى صورة تعاقب القَتْلَيْن، فأمَّا في الحالة الأُولَىٰ، وهو وقوع القتلين معاً، فلا فرق بين أن تكون زوجته أو لا تكونُ؛ لأنهما إذا ماتا معاً، لم يرث واحدٌ منهما من الآخر وقد يُؤدَّىٰ مقصود الفصْل في إيراد آخر، فيقال: إن لم تكن الأمُّ زوجةَ الأبِ، فلكلِّ واحدٍ منهما القصاصُ على الآخر، وإن كانَتْ زوجته، فيُنْظَر، أوقع القتلان معاً أو على التعاقُبِ، والمغنى لا يختلف.

فرْعٌ: أربعة إخوة، قَتلَ الثاني أكْبَرَهم ثم الثالثُ أصْغَرَهُمْ، ولم يُخلِّف القتيلان غير القاتلين، فللثاني أن يقتص من الثالث، ويَسْقُط عن الثاني القصاصُ؛ لأنه لَمَّا قَتلَ الأكبَرَ، كان القصاص للثالثِ وللصغير، فإذا قَتَل الثالثُ الصغيرَ، وَرِثَ الثاني حقَّ الصغيرِ مِنْ قصاصه.

آخر عن ابن أبي هريرة: شهادةُ الابن على الأب بما يوجب القَتْل لا تُقْبَل؛ لأنه لا يُقْتَل بقَتْلِه، فلا يُقْتَل بقوله؛ كيلاً يصير سبباً لهلاك الأب، نقلَه عنه القاضي ابن كج، والظاهر خلافُه. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الخُصْلَةُ الرَّابِعَةُ التَّفَاوُتُ في تَأْبُدِ العِصْمَةِ وَذَلِكَ لاَ يُعْتَبَر فَيُقْتَلُ الذِّمِّيُّ بِالمُعَاهَدِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يقتل الذميُّ بالمعاهَدِ، وبالعكس، كما يُقْتَل الذميُّ بالذميِّ والمعاهَدُ بالمعاهدِ لحصول العِصْمة في الحال، ولا أثر للتفاوُتِ في تأبُدها وتأقيتها، ويشهَدُ له تساوي الذميِّ والمعاهَدِ في الدية.

وعند أبي حنيفة: لا يُقْتَل الذميُّ بالمعَاهَدِ، وعنه في قتل المعاهَدِ بالمعاهد روايتان، وأبْدى الإمامُ تردُّداً في قتل الذميِّ بالمعاهد، وإن أطلقه الأصحاب، قال: لأني رأيتُ نصوصاً نُقِلَتْ في أن المعاهَدَ إذا سَرَق، هل يُقْطع، ويترتَّب عليه تردُّدٌ في أنه لو سَرَقَ ماله، هل يجب القطع، وينشأ منه تردُّد في القِصَاصِ، فإن أقيم ما ذكره وجهاً، فليُعْلَم قوله في الكتاب: «فيقتل الذمي بالمعاهد» مع الحاء بالواو، وبه يُشْعر نَظْم «الوسيط».

فَرْعٌ: إذا أسر الإمام بالغاً مِنْ أهل الحرْب، فقتله ذميٌّ قبل أن يرى الإمامُ فيه رأيَهُ مِنَ الإرقاق وغيره، فلا قصاص عليه؛ لأنه باقٍ على حُكْمه الذي كان [حتى] يرقه الإمام.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الخَصْلَةُ الخَامِسَةُ فَضِيلَةُ الذُّكُورَةِ لاَ يُعْتَبَرُ فَيُقْتَلُ الرَّجُلُ بِالمَرْأَةِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قال: ويُقْتل الرجلُ بالمرأةِ، وبالعكس، والخُنثَىٰ بهما، وبالعكس، كما يُقْتل العالِمُ بالجاهِلِ، والشريفُ بالخسيس، والشَّيْخُ بالشابِّ، وبالعكس، ويُرْوَىٰ عن عمرو بن حزم: «أَنَّ النبيَّ ﷺ كَتَبَ في كِتَابِهِ إِلَىٰ أَهْلِ اليَمَنِ أَنَّ الذَّكَرَ يُقْتَلُ بِالأُنْثَىٰ»[1] وكما لا يؤثر اختصاص القاتِلِ بفضيلة الذكورة في منْع القصاص لا يؤثر

---

(١) رواه مالك والشافعي عنه، عن عبد الله بن بكر بن أبي محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه: أن في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمرو بن حزم في العقول، ووصله نعيم بن حماد عن ابن المبارك عن معمر عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن أبيه عن جده، وجده محمد بن عمرو بن حزم ولد في عهد النبي ﷺ ولكن لم يسمع منه، وكذا أخرجه عبد الرزاق عن معمر، ومن طريقه الدارقطني، ورواه أبو داود والنسائي [٨/ ٥٧ ـ ٥٨] من طريق ابن وهب عن يونس عن الزهري مرسلاً، ورواه أبو داود في المراسيل عن ابن شهاب قال: قرأت في كتاب رسول الله ﷺ لعمرو ابن حزم حين بعثه إلى نجران، وكان الكتاب عند أبي بكر بن حزم، ورواه النسائي وابن حبان [٧٩٣ موارد] والحاكم [١/ ٣٩٥] والبيهقي موصولاً مطولاً، من حديث الحكم بن موسى عن يحيى بن حمزة عن سليمان بن داود حدثني الزهري عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده، وفرقه الدارمي في مسنده عن الحكم مقطعاً، وقد اختلف أهل الحديث في صحة هذا الحديث، فقال أبو داود في المراسيل: قد أسند هذا الحديث ولا يصح، والذي في إسناده سليمان بن داود وهم، إنما هو سليمان بن أرقم، وقال في موضع آخر: لا أحدث به، وقد وهم الحكم بن موسى في قوله سليمان بن داود، وقد حدثني محمد بن الوليد الدمشقي أنه قرأه في أصل يحيى بن حمزة: سليمان بن أرقم، وهكذا قال أبو زرعة الدمشقي: أنه الصواب، وتبعه صالح بن محمد جزرة، وأبو الحسن الهروي وغيرهما، وقال جزرة ناد حيم قال قرأت في كتاب يحيى بن حمزة حديث عمرو بن حزم، فإذا هو عن سليمان بن أرقم، قال صالح: كتب هذه الحكاية عني مسلم بن الحجاج: قلت: ويؤكد هذا ما رواه النسائي عن الهيثم بن مروان عن محمد بن بكار، عن يحيى بن حمزة عن سليمان بن أرقم عن الزهري، وقال: هذا أشبه بالصواب، وقال ابن حزم: صحيفة عمرو بن حزم منقطعة لا تقوم بها حجة، وسليمان بن داود متفق على تركه، وقال عبد الحق: سليمان بن داود هذا الذي يروي هذه النسخة عن الزهري ضعيف ويقال: إنه سليمان بن أرقم، وتعقبه ابن عدي فقال: هذا خطأ إنما هو سليمان بن داود، وقد جوده الحكم بن موسى، انتهى. وقال أبو زرعة: عرضته على أحمد، فقال: سليمان بن داود هذا ليس بشيء، وقال ابن حبان: سليمان بن داود اليمامي ضعيف، وسليمان بن داود الخولاني ثقة، وكلاهما يروي عن الزهري، والذي روى حديث الصدقات هو الخولاني، فمن ضعفه فإنما ظن أن الراوي له هو اليمامي، قلت: ولولا ما تقدم من أن الحكم بن موسى وهم في قوله سليمان بن داود، وإنما هو سليمان بن أرقم لكان لكلام ابن حبان وجه، وصححه الحاكم وابن حبان كما تقدم والبيهقي، ونقل عن أحمد بن حنبل أنه قال: أرجو أن يكون صحيحاً، قال: وقد أثنى على سليمان بن داود الخولاني هذا أبو زرعة وأبو حاتم وعثمان بن سعيد وجماعة من الحفاظ، قال الحاكم: وحدثني أبو أحمد الحسين بن علي عن ابن أبي حاتم عن أبيه أنه سئل عن حديث عمرو بن حزم، فقال: سليمان بن داود عندنا ممن لا بأس به، وقد صحح الحديث بالكتاب المذكور جماعة من الأئمة، لا من حيث الإسناد، بل من حيث الشهرة، فقال الشافعي=

اختصاص القتيل بهذه الفضيلة في ضمِّ شَيْء من الماء إلى القصاص، وعن عطاءٍ والحسَنِ البَصْرِيِّ: أنه إنْ قتل الرَّجُل المَرْأَةَ يُخَيَّر الوليُّ بين أن يأخُذَ دِيَتَها، وبيْنَ أن يَقْتُلَه ويبْذُل نصْف ديته، وإن قتَلَتِ المرأةُ الرجُلَ يخيَّر الوليُّ بين أن يأخذ جميع ديته مِنْ مالها، وبين أن يَقْتُلَها، ويأْخُذَ نصْفَ الدية، ويُرْوَىٰ مثلُه عن عليٍّ ـ كرم الله وجهه ـ روايةً وإنما ذكَرْنا مذهَبَهم في المسألة؛ لما بينا أنه تَكلَّم في الصفات التي لها أثَرٌ فِي القِصاصِ عند بعض العلماء.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: فَرْعٌ إِذَا قَطَعَ رَجُلٌ ذَكَرَ خُنْثَىٰ مُشْكِلٍ وَشَفْرَيْهِ فَلاَ قِصَاصَ لاِحْتِمَالِ أَنَّ المَقْطُوعَ امْرَأَةٌ، وَلَوْ عَفَا عَنِ القِصَاصِ سُلِّمَ إِلَيْهِ دِيَةُ الشَّفْرَيْنِ وَحُكُومَة أَخْذاً بِأَحْسَنِ التَّقْدِيرَيْنِ فَإِنَّهُ المُسْتَيْقَنُ، فَإِنْ لَمْ يَعْفُ فَلاَ تُقَدَّرُ دِيَةُ الذَّكَرِ؛ لِأَنَّ القِصَاصَ فِيهِ مُتَوَقَّعٌ بَلْ يُصْرَفُ إِلَيْهِ أَقَلُّ الأَمْرَيْنِ مِنْ حُكُومَةِ الشَّفْرَيْنِ بِاعْتِبَارِ الذُّكُورَةِ، أَوْ دِيَةُ الشَّفْرَيْنِ وَحُكُومَةُ الذَّكَرِ وَالأُنْثَيَيْنِ عَلَىٰ تَقْدِيرِ الأُنوثَةِ، وَإِنْ كَانَ القَاطِعُ امْرَأَةً فَلاَ تُقَدَّرُ دِيَةُ الشَّفْرَيْنِ بَلْ تُصْرَفُ حُكُومَةُ الذَّكَرِ وَالأُنْثَيَيْنِ عَلَىٰ تَقْدِيرِ الأُنوثَةِ فَإِنَّهُ أَقَلُّ مِنْ تَقْدِيرِ حُكُومَةِ الشَّفْرَيْنِ مَعَ دِيَةِ الذَّكَرِ، وَإِنْ كَانَ القَاطِعُ خُنْثَىٰ لَمْ نُصْرِفْ إِلَيْهِ قَبْلَ العَفْوِ شَيْئاً إِذْ يُحْتَمَلُ أَنْ يَخْرُجَا مُتَوَافِيَيْنِ فَنُجْرِي القِصَاصَ فِي العُضْوِ الزَّائِدِ مَعَ الأَصْلِيِّ، وَقِيلَ: إِذَا لَمْ يَعْفُ عَنِ القِصَاصِ لَمْ يُصْرَفْ إِلَيْهِ شَيْءٌ لِأَنَّهُ لَيسَ يَدْرِي أَنَّ المَأْخُوذَ دِيَةٌ أَوْ حُكُومَةٌ، وَلَوْ كَانَ القَاطِعُ رَجُلاً فَقَالَ: أَقْرَرْتِ بِأَنَّكِ امْرَأَةٌ فَلاَ قِصَاصَ فِي الذَّكَرِ وَقَالَ المَقْطُوعُ: بَلْ أَقْرَرْتُ بِأَنِّي رَجُلٌ فَالقَوْلُ قَوْلُ الجَانِي فِي قَوْلٍ لأَنَّ الأَصْلَ عَدَمَ القِصَاصِ، وَقَوْلُ الخُنْثَىٰ فِي قَوْلٍ لأَنَّا نَحْكُمُ لَهُ بِالذُّكُورَةِ بِقَوْلِهِ مَهْمَا قَالَ إِنِّي رَجُلٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الفَرْعُ يَنْظُر إلى أَصْلَيْنِ:

= في رسالته: لم يقبلوا هذا الحديث حتى ثبت عندهم أنه كتاب رسول الله ﷺ، وقال ابن عبد البر: هذا كتاب مشهور عند أهل السير، معروف ما فيه عند أهل العلم معرفة يستغنى بشهرتها عن الإسناد، لأنه أشبه التواتر في مجيئه، لتلقي الناس له بالقبول والمعرفة، قال: ويدل على شهرته ما روى ابن وهب عن مالك عن الليث بن سعد عن يحيى بن سعيد، عن سعيد بن المسيب قال: وجد الكتاب عند آل حزم يذكرون أنه كتاب رسول الله ﷺ، وقال العقيلي: هذا حديث ثابت محفوظ، إلا أنا نرى أنه كتاب غير مسموع عمن فوق الزهري وقال يعقوب بن سفيان: لا أعلم في جميع الكتب المنقولة كتاباً أصح من كتاب عمرو بن حزم هذا، فإن أصحاب رسول الله ﷺ والتابعين يرجعون إليه ويدعون رأيهم، وقال الحاكم: فشهد عمر بن عبد العزيز، وإمام عصره والزهري، لهذا الكتاب بالصحة، ثم ساق ذلك بسنده إليهما.

أحدهما: أنَّه هلْ يجبُ القِصَاص في شُفْرَي المرأة، وفيه خلافٌ.

وجوابُ الكتابِ: أنه يجب.

والثاني: أن العضو الأصليَّ لا يُقْطَع بالزائد، ويُقْطع الزائد بالزائد بشَرْط اتحاد المحلِّ، وهل يشترط أن يكون ما للجانِي أكْبَرَ أوْ لا يُنْظر إلى الصغر والكبر فيه وجهان، وسيأتي شرْح الأصلَيْن في موضعهما ـ إن شاء الله تعالى ـ إذا عُرِفَ ذلك.

فلو قطع رجلٌ ذكَرَ خنثَىٰ مشكِلٍ وأنثييه، وشُفَرِيْه، فلا قصاص في الحال؛ لاحتمال أن المقطُوع امرأةٌ، وأن الذكر الأنثيين منه زائدةٌ، ثم يُنْظَر؛ إنْ صبر المقطوعُ إلى أن ينكشف حاله في الذكورة والأنوثة، فذاك، فإن بان ذكَراً، اقتصر من القاطع في الذكَر والأنثيين، وأخذت حكومة الشُفْرَيْن، وإن بان أنثى، فلا قصاص وتؤخذ دية الشفرين، وحكومةُ الذكر والأنثيين، وإن لم يصبر إلى انكشاف الحال، فإن قال عفَوْتُ عن القصاص، إن كان لي قصاصٌ، وطالب بحقه من المال، فالذي يستحقه بتقدير الذكورةِ مائةٌ من الإبل للذَّكَر، ومائة للأنثيين، وحكومةُ الشَّفْرَيْن معتبرةٌ بهذه الدية وبتقدير الأنوثة خمسون من الإبل للشفرين وحكومة الذكر معتبرة بهذه الدية، وحكومة الأنثيين كذلك فإن حكومة كلِّ عضو بتقدير الأنوثة تعتبر بدية الإناث، والمَبْلَغُ الثاني أقل من الأول بكثير، فيُدْفَع إليه هذا المبلغُ المستيقَنُ، ثم إن بان بعد ذلك أُنْثَىٰ، فقد أخذ حقه، وإن بان ذكَراً، سُلِّم إليه تتمة المبلغ الأول.

وحكى الإمام عن بعض الأصحاب أنَّا نوجب في كل عضْوٍ الحكومةَ؛ لأنه يُحْتَمَل أن تكون واجبةَ الحكومة، فلا نوجب الدية بالشك.

قال: وهذا ضعيف؛ لأن استحقاق القدر المذكور مستيقَنٌ، وإن لم تتحقَّق جهَتَه، وإنما يتجه ذلك إذا تعدَّد الجاني، فقطع قاطع ذكره وأنثييه، والآخر شفريه، وعفا المقطوعُ عن القصاص، لا نوجب على كلِّ واحد إلا حكومة ما قطعه، وإن لم يَعْفُ عن القصاص، وقال القصاص غير متوقَّع في جميع ما قَطَعَ مني، وطالب بما يجبُ له مع القصاص، فهل يُعْطَىٰ شيئاً؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، وبه قال ابن أبي هريرة، ويُحْكَىٰ عن القفَّال أيضاً، لأنا لا ندري أن الواجب ديةٌ أو حكومةٌ، وأنه إن وجَبَتِ الحكومةُ، فهي حكومةُ الذَكَرِ والأنثيين أو حكومة الشَّفْرَيْن وأيضاً، فإن حكومة الذكر مشكوك فيها لجواز كونه رجُلاً، وكذا حكومة الشَّفْرَيْن؛ لجواز كونه امرأة، نوجب شيئاً بالشَّك.

وأصحُهما: نعم؛ لأنا نستيقن وجوب شيْء من المال، وإن اتفق القِصَاصُ، فليعطَ المستيقَنُ، وعلى هذا، ففيما يُعْطَىٰ أوجه:

أحدهما: أقلُّ الحكومَتَيْنِ من حكومة الشَّفْرَيْن على تقدير الذكورة، وحكومة الذكر والأنثيين على تقدير الأنوثة، حكاه الإمام وغيره.

والثاني: حكومة العضو المقطُوعِ آخِراً، لأنه قَطَعَه، والدمُ سائلٌ مِنَ الأول، فتكون حكومَتُهُ أقلّ.

والثالث: حكومةُ الشَّفْرَيْنِ؛ لأنَّ القصاص متوقَّع في الذَّكر والأنثيين، فلا يقدر لهما مالاً فتردد الشفرَيْنِ بين أن يجب فيهما الديةُ أو الحكومةُ، فتجب الحكومة التي هي أقلُّ، وهذا أصحُّ عند العراقيين وغيرهم، وذكر الإمام في تهذيب هذا الوجه أن حكومة الشفْرَيْنِ [بتقْدير الذكورة قد تزيد على حكُومة الذَّكر والأنثيين بتقدير الأنوثة؛ لأن حكومة الشفرَيْن] بتقدير الذكُورة تُعْتَبَر بدية الرَّجُل، وقد تزيد على دِيَة المَرْأَةُ هي الواجبة على تقْدِير الذُّكُورة، وعلَىٰ تقْدِير الأنوثة تجب دية الشفْرَيْن، وحكومةُ الذكر والأنثيين والمسلك المهذَّب أن يقال: يُعْطَىٰ أوَّلَ الأمرَيْنِ من حكُومَة الشفْرَيْن بتقدير الذكورة وحكومةُ الذكر والأنثيين مضمومةٌ إليها دِيَة الشفرين، وهذا حَسَنٌ سواء قدر تلخيصاً للوجه الثالث أو وَجْهاً رابعاً، وهو الذي أورده صاحب الكتاب تفريعاً على القول بأنه يُعطَىٰ شيئاً هذا إذا كان القاطعُ رَجُلاً.

ولو قَطَعَتِ امرأة ذَكَرَهُ وأنثييه وشفرته، فإن صبر إلى انكشاف الحال، توقَّفنا كما يُفْعَل في الرجُلِ، فإن بان ذكراً، فله ديتان للذَّكرِ والأنثيين وحكومةُ الشفرين، وإن بان أنثىٰ، فلها حكومة الذَّكر والأنثيين، ولها القصاص في الشفرين، إن أجرينا فيهما القصاص، وإلا، فلها ديتُهما، وإن لم يصبر إلى انكشاف الحَالِ، فيبنى على أن القصاص هَلْ يجري في الشفْرَيْن، إن قلْنا: نعم، قيست الصورة بما ذَكَرْنا فيما إذا كان القاطعُ رجلاً، فإنْ عفا عن القصاص، سُلِّم إليه دية الشَّفْرَيْن، وحكومةُ الذَّكر والأنثيين، وإن لم يَعْفُ، ففي وجهٍ: لا يُعْطَىٰ شيئاً أصلاً، وفي وجْهٍ: يُعْطَىٰ أقلَّ الحكومتين، وفي وجه: حكومة المقطوع آخراً وفي وجه: حكومة الذكر والأنثيين؛ ليُوقَعَ القصاصُ في الشفرين وذلك على تلخيص الإمام؛ لأن حكومة الذكر والأنثيين التي تَجِبُ بتقدير الأنوثةِ أقلُّ لا محالة من ديتي الذَّكَرِ والأنثيين، وحكومة الشفرين الواجبة بتقدير الذكورة، فإنْ قلنا: لا يجري القصاص فيهما، فالحكم كما لو أجريناه، فعفا.

ولو قطَع رجُلٌ ذكَرَه وأنثييه وامرأةٌ شُفْرَيْهِ، ولم يَعْفُ، فلا يطالب واحدٌ منهما بمالٍ؛ لأن توقُّع القصاص ثابتٌ في حقِّهما جميعاً، كذلك ذكره الإمام وغيره؛ بناء على أن القصاصَ يجري في الشفرين، فإن منع، فلا يوقع في حق المرأة فعليها حكومة الشفرين، ولو قَطَع رجلٌ شفْرَيْه وامرأةٌ ذكَرَهُ وأنثييه، فلا مجال للقصاص، ويُطَالَبُ كلُّ واحد منهما بحكومةِ ما قَطَعَ، ولو قطَعَ مُشْكِلٌ جميعَ ذلك من مُشْكِلٍ، فلا قصاص في

الحال، فإن بانا ذكرين أو أنثيين، قطع الأصليُّ [بالأصليّ] والزائد بالزائدة إن تساويا على ما أشرنا إليه، وإلا، ففي الزائدِ الحكومةُ، وإن بان أحدهما ذكراً والآخر أنثىٰ، فقد تبيَّن الحكم، ولو عفا المجنيُّ عليه قبل تبين الحال، دُفِعَ إليه مِنَ المستيقن وهو دية الشفرَيْنِ، وحكومة الذكر والأنثيَيْنِ، وإذا لـم يَعْفُ، فقد نقل الإمام وأبو الحَسَن العبَّاديُّ: أنهُ يدْفَع إليه أقلُّ الحكومتين، والصحيح أنه لا يُدْفَع إليه شيْءٌ في الحال، إذ كان القصاص متوقَّعاً في الكلِّ، واعلم أن انكشاف حال الخُنْثَىٰ قد يكون بشَيْءٍ من الإمارات الخِلْقية، كالبول والمَنِيِّ، فالحُكْم على ما بيَّنا، وقد يكون بالرجوع إلى قوله؛ ليخبر عن ميله إلى الرجال، فيكون امرأةً أو إلى النساء فيكون رجلاً، فإن أخبر عن حاله، ثـم جَرَتِ الجناية، اعتمد قوله حتى إذا كان القاطِعُ رجلاً، وكان قد قال: أنا رجلٌ، استوفى القصاص، وإن جرَتِ الجنايةُ، ثـم قال: أنا رجلٌ، فهل يُقْبَل قوله، لإيجاب القصاص، ولإيجاب دية الذكر والأنثيين؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم كما يقبَل قبل الجناية؛ ولأنه أعرف بحاله وأظهرهما؛ على ما ذكره القفَّال والإمام: المنْعُ؛ لأنه متَّهَم فيه وشُبِّهَ ذلك بما إذا شَهِدَ برؤية هلالِ شَوَّال فلم يَقْبَل القاضِي شهادَتَه، ثم رآه يَأْكُلُ، لا يعزره، ولو رآه يأكل، فقال: رأيت الهلال، يعزره؛ لأنه متَّهم بالدفع، ولو ثبت الغَصْب عليه بشهادة رجلٍ وامرأتينِ، ثـم قال: إن كنت غَصَبْت، فامرأتي طالقٌ، يقع الطلاق، ولو قال أولاً: إن كنت غَصَبْتُ، فامرأتي طالقٌ، فأقامت رجلاً وامرأتين على أنه غصب، لا يقع الطلاق على الأظهر، ولو اختلف الجاني والمقْطُوع، فقال الجاني قد أقررتِ بِأَنَّكِ امرأةٌ، فلا قصاصَ لك، وقال: بل قلْتَ: إنِّي رجُلٌ، فقولان في أن القولَ قولُ من الحكايةُ عنْ نَصه ـ رضي الله عنه ـ في مواضع، وهو الذي رجَّح أن القول قولُ الجانِي، لأن الأصْل أنَّه لا قصاصَ والمقطوع متهم في قوله.

والثاني: ويُنْسَب إلى رواية ابن سُرَيْج: أن القول قوْلُ المَقْطُوع؛ لأنه أعرف بحاله، واختلاف الجانِي والمقْطُوع يجوز أن يُفْرَض في إخباره عن الذُّكُورة والأنوثة قبلِ الجناية، ويجوز أن يُفْرَض في إخباره بعْد الجناية، إذا قلْنا: إنَّ قوله بعد الجناية مقبولٌ معمولٌ به.

وقوله في الكتاب: «إذا قطع رجلٌ ذكَرَ خنثَىٰ مشكِلٍ وشفْرَيْه» يريد قطع الذكر مع الأنثيين وإن لـم يتلفَّظ بالأنثيين؛ ألا تراه كرَّر ذكْرَهما في الفَرْع غَيْرَ مَرَّةٍ.

وقوله: «سُلِّم إليه دية الشفرين» يجوز إعلامه بالواو؛ للوجه الذي نقل الإمام أن الواجِبَ في كلِّ واحدٍ منهما الحكومة.

وقوله: «بل يصرف إليه أقلُّ الأمرين» إلى آخره ينازع فيه الوجه الذاهِبُ إلى أَنَّ الواجب أَقَلُّ الحكومتين والوجْه الآخر: إن الواجب حكومةُ المَقْطُوعِ آخراً وللإعلام فيه

مجال، وكذا يجوز أن يُعْلَم لفظ «الحكومة» من قوله: «وحكومة الذَّكَر والأنثيين» فيما إذا كان القاطع امرأةً لوجه ذكرناه أن الواجب أقلُّ الحكومتين، ووجَّه أنَّ الواجب حكومةُ المقطوع آخراً.

وقوله: «عقيب الكلام فيما إذا كان القاطع خنثى» وقيل: «إذا لم يُعْفَ عن القصاص» إلى آخره يرجع إلى الصورتَيْنِ السابقَتَيْنِ في قطْع الرَّجُل وقطْع المرأة، ويجوز أن يُعْلَم قوله فيما إذا كان القاطع خنثى: «لم تُصْرَف إليه قبل العفو شيئاً» بالواو.

وقوله: «لأنا نحكم له بالذكورة، مهما قال: إنِّي رجُلٌ» هذا لا يسلمه مَنْ يقول: لا يُقْبَل قوله بعد الجناية.

فَرْعٌ: لو قُطِعَتْ يد الخنثى، وجب القصاص، قطَعَها رجُلٌ أو امرأةٌ، لكن لو آل الأمر إلى المال، لم يؤخذ إلا المستيقن وهو نصْفُ دية المرْأَة، وكذا لو قتل، لا يؤخذ لديته إلا المتيقن. وهو دية المرأة.

آخر: لو قَطَع المُشْكِل ذكَرَ رَجُلٍ وَأُنثَيَيْه، وقف، فإن بان أنه ذَكَرٌ اقتص منه، وإن بَانَ أُنثَىٰ، فعليه ديتان، ولا قصاص، وقبل التبين، لو طلب المجنيُّ عليه مالاً، ولم يعْفُ، لا يُجَاب؛ لأن القصاص متوقَّعٌ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الخَصْلَةُ السَّادِسَةُ التَّفَاوُتُ فِي العَدَدِ لاَ يُؤَثِّرِ بُرْ يُقْتَلُ الجَمَاعَةُ بِالوَاحِدِ، وَالوَاحِدُ إِذَا قَتَلَ جَمَاعَةً قُتِلَ بِوَاحِدٍ وَلِلبَاقِينَ الرُّجُوعُ إِلَىٰ الدِّيَاتِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه مسألتان:

إحداهما: إذا قَتَل الجماعةُ واحداً، قُتِلوا به سواءٌ قتلوه بمحدَّد أو مُثَقَّل، أو أَلْقَوْه من شاهق أو في بحْر أو جرَحُوه جراحاتٍ مجتمعةً أو متفرِّقة، وهكذا قال أبو حنيفة وأحمد، ويُحْتجُّ له بأن القصاص عقوبةٌ تجب للواحِدِ على الواحِدِ، فتجب للواحد على الجماعة، كحد القذف، وبأن القصاص شُرِعَ لحقْنِ الدماء، فلو لم يجبْ عند الاشتراك، لاتُخِذَ ذريعةً إلى سَفْكِهَا، رُوِيَ أنَّ عُمَرَ ـ رضي الله عنه ـ: «قَتَلَ خَمْسَةً أَوْ سَبْعَةً بِرَجُلٍ قَتَلُوهُ غِيلَةً، وقال: «لَوْ تَمَالأَ عَلَيْهِ أَهْلُ صَنْعَاءَ، لَقَتَلْتُهُمْ جَمِيعاً[1]» وكيف التقدير في قتل الجماعة بالواحد، قال الجمهور: دمُ كلِّ واحدٍ منهم مستحَقٌّ للوليّ، وعن الحليميِّ: أن

---

(١) أخرجه مالك في الموطإ عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب بهذا، ورواه البخاري من وجه آخر، ورواه البيهقي من حديث جرير بن حازم عن المغيرة بن حكيم الصنعاني عن أبيه مطولاً، وقال البخاري قال لي ابن بشار نا يحيى عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر: أن غلاماً قتل غيلة فقال عمر: لو اشترك فيه أهل صنعاء لقتلتهم به.

القصاص مفروض عليهم، فإذا قَتَل عشرةٌ واحداً، فالمستَحَقُّ لوليِّ العُشْرُ مِنْ دم كل واحد، إلا أنه لا يمكن استيفاؤه، إلا باستيفاء الباقي وقد يَسْتَوْفِىٰ من المتَعدِّي غَيْرَ المستَحِقِّ، [إذا لم يمكن استيفاء المستَحقِّ][1] إلا به، كما إذا أدْخل الغَاصِبُ المغصوبَ في بيْت ضيقٍ، واحتاج في ردِّه إلى قلْع الباب أو هدم الجدار، قال الإمام: وهذا بعيدٌ، فإنه لو قَطَع يَدَ غَيْره مِنْ نصْف الساعد، لا يجري القصاص فيه خوفاً من استيفاء الزيادة على الجناية بجُزْء يسيرٍ، فكيف يُريقُ تسْعة أعْشَار الدَّم من غير استحقاقٍ لاستيفاءِ عُشْرِ واحدٍ، ولا يمكن اعتبار القصاص بالدية حَيْثُ لا يجبَ على كلِّ واحد إلا العُشْر، كما أن الرجل يُقْتَل بالمرأة، وإذا آل الأمر إلى المال، لم يلزمه إلا نصْف دية نفْسِه، فهذا هو المشهور في قتل الجَمَاعة بالوَاحِد، ووراءه شيئان:

أحدهما: عن أبي حفص وعن ابن الوكيل إثبات قولٍ: إن الجماعة لا يُقْتَلُون بالواحد؛ أخْذاً مما قال الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ في «الأم» «لو قَتَلَ عَشَرَةٌ رجُلاً، فَقَتَل ولي المَقْتُولِ أحدَهُمْ وَعَفَا عَنِ البَاقِينَ كَانَ لَهُ تِسْعَةُ أَعْشَارِ الدِّيَةِ فِي قَوْلِ مَنْ يَقْتُلُ الجَمَاعَةَ بِالوَاحِدِ» فأشعر بأن له قولاً آخر.

والثاني: نقل الماسرجسي والقفَّال قولاً عن القديم: أن الوليَّ يَقْتل واحداً من الجماعة، أيَّهم شاء، ويأخذ حصَّة الآخرين من الدية، ولا يَقْتل الجميع، ويَكْفي للزَّجْر كوْنُ كلِّ واحدٍ منهم على وَجَلٍ من القتل، ويُرْوَىٰ هذا عن مالك، ويُرْوَىٰ عنه مثْلُ مذهبنا المشهور، والأشهر الرواية الثانية.

وقال الرويانيُّ: الأصح الرواية الأولَىٰ، وليُعْلَمْ؛ لما بيَّنا قوله في الكتاب: «ويقتل الجماعة بالواحد» بالميم والواو، وإذا قلنا بظاهر المذهب، فللوليِّ أن يقتل جميعهم، وله أن يقتل بعْضَهم، ويأخذ حصَّة الباقين من الدية، وإن اقتصر على الدية، فتكون الدية موزَّعة على عدَدِ رؤوسهم سواءٌ كانت جراحةُ بعْضِهم أفحَشَ أو عدد الجراحات من بعضهم أكْثر، أو لم يكن كذلك؛ لأن تأثير الجراحات لا تضبط، وقد تزيد نكاية الجراحةِ الواحدةِ على نكايات جراحات كثيرةٍ، فلا نظر إلى أعدادها، وكذلك لا فَرْقَ بين أن يكون لجراحة بعْضِهم أرْشٌ مقدَّر أو لا يكون.

الثانية: إذا قَتَل الواحدُ جماعةً، قُتِلَ بواحدٍ منهم، ووجَبَتْ دية الباقين في ماله، والقول في أنه مَنْ يَقْتُل منهم؟ مذكور في «الفن الثاني»، ولو قطع واحدٌ أيدِيَ جماعة، فكذلك، يُقْطع بواحد، وللباقين الدية.

وعند أبي حنيفة ومالك: يُقْتل الواحدُ بالجماعة، ولا يَجب شيْءٌ من الدية، وإذا

---

(١) سقط من: ز.

بَادَرَ واحدٌ من الأولياء، فقتله، سقَطَ حقُّ الباقين، وقال في الطَّرَف: إذا قطَعَ واحدٌ يدَيْ رَجُلَيْنِ، يُقْطَع بهما، ولكلِّ واحدٍ منهما نصْفُ دية اليد، فقاس الأصحاب النفسَ على الطَّرَف في أنه لا يتأدَّىٰ بالشيء الواحد حقوقُ الجماعة التي يتأدَّى بها الواحد منهما عند الانفراد، والطَّرَف على النفس في أنه لا يُجْمَع في حقِّ الواحد بين القصاص والدية.

وقال أحمد: إن اجتمع أولياءُ القتيل على طلب القصاص، قُتِلَ بالكل، وإنْ طَلَب بعضُهم القصاص، والبَعْضُ الديةَ، قُتِل بمَنْ طَلَب وليُّه القصاص، وللباقين الدِّيَة فقال الأصحاب: إذا كان لواحدٍ منهم أن يقتص عند انفراده بالمطالبة، فإذا ازدَحَمُوا على المطالبة، لم تتداخَلْ حقوقُهم كما في سائر الحقوق، ولْيُعْلَم لمذاهبهم.

قوله في الكتاب: «قُتِلَ بوَاحِدٍ وللباقين الرجوع إلى الديات بعلاماتهم، ويجوز أن يُعْلَم بالواو، أيضاً؛ لأن القاضي الرويانيَّ حَكَىٰ في «جمع الجوامع» أنه إذا وقَعَتِ الجنايات دفعةً واحدة يُقْتَلُ أو يُقْطَعُ بهم جميعاً، وَيرْجِع كلُّ واحد من المستحِقِّين إلى حصته من الدية، واعْلَمْ أنَّ ما ذكرناه فيما إذا كان القاتِلُ حرّاً، وقتل جماعة لا في المحاربة، فأما إذا كان القاتِلُ عبْداً أو قَتَل الحرُّ جماعةً في المحاربة، فسيأتي - إن شاء الله تعالى.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **وَلاَ قِصَاصَ عَلَى شَرِيكِ الخَاطِىءِ، وَيَجِبُ عَلَى شَرِيكِ الأَبِ، وَشَرِيكُ كُلِّ عَامِدٍ ضَامِنٌ، وَفِي شَرِيكِ الحَرْبِيِّ وَشَرِيكِ الجَلاَّدِ وَمُسْتَوْفِي القِصَاصِ وَالجَارِحِ فِي حَالَةِ الرِّدَّةِ وَكُلِّ عَامِدٍ لَيسَ بِضَامِنٍ قَوْلاَنِ، وَالسَّبُعُ مُلْحَقٌ بِالخَاطِىءِ فِي أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ لاَ بِالحَرْبِيِّ، وَشَرِيكُ السَّيِّدِ كَشَرِيكِ الأَبِ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهُ ضَمِنَ الكفَّارَةَ وَإِنْ لَمْ يَضْمَنِ الدِّيَةَ، وَشَرِيكُ مَنْ جَرَحَ بِنَفْسِهِ كَشَرِيكِ السَّيِّدِ إِنْ قُلْنَا: تَتَعَلَّقُ الكَفَّارَةُ بِقَتْلِ النَّفْسِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الجناياتُ الصادِرَةُ من الجماعة الواردة علَىٰ الواحد المستعقبة للموت، إن كان بحَيْثُ يجب القصاص بكل واحدٍ منها، لو انفردت، فيجبُ القصاص على الشركاء؛ كما ذكرنا، وإلا فإما أن لا يجبَ القصاصُ بواحدٍ منها، إما لتقاعُدِ الفعل عن إيجاب القصاص، كما إذا قَتَل اثنانِ أو جماعةٌ واحداً خطأً، أو لعَدَمِ الكفاءة إذا قَتَل حران عبداً ومسلمان ذميّاً، فلا قصاص على واحدٍ منهم، وإما أن يجبَ القصاصُ ببعْضها دون بعْضٍ، ولعدم الوجوب في حقِّ البعْضِ أسبابٌ.

أحدهما: أن تكونَ جنايةُ بعضهم ضعيفةً لا تؤثِّر في الزهوق؛ كالخدشة الخفيفةِ، فلا اعتبار بها وكأنه لم توجدْ سوى الجناياتِ الباقِيَةِ.

والثاني: أن يُغَلِّبَ بعضُها؛ لقوته بحيث يقطع نسبة الزهوق إلَىٰ سائر الجنايات، كما إذا جَرَحَ اثنانِ أو جماعةٌ ثم جاء آخرُ، وَحَزَّ الرقبةَ، فقِصَاص النفْسِ علَىٰ الحَازِّ،

والأولون جارحون يتعلَّق بفعلهم مقتضاه من قصاص أو ديةٍ مغلَّظةٌ أو مخفَّفة وقد سبق ذكر ذلك في الطَّرَفِ الرابعِ من الركنِ الأول، وعُدَّ من نظائره أن يصْعَد به على كرسيٍّ ويربط في عنقه حبلاً ويشده إلى فوق، فيجيء الآخر فيُنحِّي ما تحْتَ قدميه عنه، فالقاتل الثاني.

والثالث: أن تندمل بعضُ الجراحاتِ، ثم يوجد سائرُ الجراحات، فعلى مَنِ اندملت جراحتُه ما تقتضيه الجراحة، ولا يلزمُه قصاصُ النفسِ والقتل، وهو الجراحة الساريةُ، وإذا جَرَح اثنان على التعاقب، وادَّعى الأولُ الاندمال، وأنكر الوليُّ، فلا قصاص على الأوَّل بقَوْلِ الوليِّ، وإذا عفا عن الثاني، لم يأخذ منه إلا نصْفَ الدية، ولا يُقْبل قولُه عليه، وإنما يأخذ كمالَ الدية، إذا قامت بيِّنَة: على الاندمال.

والرابع: أن يكون امتناعُ القصاصِ على بعْضِهم لكَوْن فعله خطأً، كما إذا جرحه أحدُهما عَمْداً، والآخَرُ خطأً، فلا قصاص على واحدٍ منهما، وعلى عاقلة الخاطىء نصف دية الخطَأ، وفي مال العامِدِ نصْفُ دية العَمْد، إن كانتْ جراحتُه لا توجِب قصاصاً، أو آل الأمر إلى الدية، وعليه قصاصُ الطَّرَفِ، إن كانَ قَدْ قطعَ طَرَفاً، وكذا لو جرح أحدَهُما عمْداً، والآخر شبه عمْدٍ، لا قصاص على واحدٍ منهما، ويجب نصف دية شبه العمد على عاقلة صاحِبِهِ وقال مالك: يجب القصاصُ علَىٰ شريكِ الخاطىءِ وشريك الجارح شبْه العَمْد، وبه قال أحمد في رواياته واختاره المزنيُّ ويجوز أن يُعْلَم قوله: «ولا قصاص على شريك الخاطىء» مع الميم والألف والزاي بالواو؛ لأن القاضي أبا المحاسِنِ الرويانيُّ ذكر في «جمع الجوامع» مع أنه قد قيل: إنه قول للشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ وذكره المزني في «العقارب»، وهذا لم ينقلْه الإمامُ، ولكن تمناه فقال: وَدِدتُّ أن يكون هذا قولاً معدوداً في المذْهَب، وقد يوجَّه ذلك بأن العامد لو انفرد بقتله، قُتِلَ فإذا شارك غيره، قُتِلَ، كالأجنبي، إذا شارك الأب، واحتج لظاهر المذْهب بأنَّ الزهوقَ حَصَل بجراحَتَيْن عمْد وخطأ، فلا يجب القصاص، كما لو جرحه واحدٌ جراحَتيْنِ إحداهما عمْدٌ والأخرَىٰ خطأً.

الخامسُ: أن يكون امتناعُ القصاصِ على بعْضِهم لمعنًى في نفسه، فله حالتان:

إحداهما: أن يكون فعْل مَنْ لا قصاصَ عليه مضموناً، كما إذا شارك الأبُ أجنبيّاً في قَتْل الابن، فعلى الأبِ نصْفُ الدية المغلَّظة، وعلى الأجنبيِّ القصاصُ، وبه قال مالك وأحمد. وقال أبو حنيفة: لا قصاصَ علَيْه.

لنا: أنه لو انفرد بقَتْله، وجَبَ عليه القصاص، فإذا شارَكَ مَنْ لا يقتص منْه لا لمعنى في فعله، وجب أيضاً كما لو كانا عامِدَيْنِ، فعفا الوليُّ عن أحدهما، وأيضاً، فإن الزهُوق حصَلَ بجنايتَيْن عمْدَيْن مضمونَيْنِ، فامتناعُ وجوب القِصاص علَىٰ أحدهما، لا يمنع الوجوب على الآخرِ، كما لو رَمَىٰ اثنانِ سهْماً إلَىٰ واحدٍ، ومات أَحَدُ الراميَيْنِ قبل

الإصابة، يجب القِصَاصُ على الآخر، وليس شريكُ الأب كشريكِ الخاطِىءِ، فإنَّ الخطأ شبهةٌ في فعل الخاطىء، والفعلان مصادِفَان لمحلٍّ واحدٍ فأورث الخطأ في أحدهما شبهةً في القصاص، كما لو جرح واحدٌ جراحتين إحداهما[1] عمدٌ والأخرى خطأً، وشبهة الأبوة في نَفْسِ الأب لا في الفِعْل، وذات الأب يتميز عند ذات الأجنبيِّ، ولا تُؤثِّر شبهة في حقِّه وعلى هذا القياس، لو شارك حر عبداً في قتل عبد أو مسلمٌ ذمياً في قتل ذميٍّ، لا قصاص على الحرِّ والمُسْلِم، ويجب على الذميِّ والعبْد.

وأبو حنيفة: يوجب القصاص عليهما جميعاً. ولو جرح ذميٌّ ذمياً ثم أسلم المجروح، فجرحه مسلمٌ، أو عبدٌ عبداً، ثم عَتَق المجروح، فجَرَحَه حرٌّ ومات منهما، فيجب القصاص عليهما جميعاً؛ لأن القصاصَ يجبُ علَىٰ كلِّ واحدٍ منهما بتقدْير الانْفِرَادِ.

والثانية: ألا يكون مضموناً، كما إذا جرح حربيٌّ مسلماً، وجرحه مسلمٌ أيضاً، ومات منهما أو قُطِعتْ يَدُ إنسان في سرقة أو قصاصٍ ثم جرَحَه جارحٌ متعدِّياً أو جرح مسْلمٌ مرتدّاً أو حربياً، فأسْلَم فجرحه غيْره أو ذميٌّ حربياً، ثم عقَدَتِ الذمة للمَجْرُوح، فجَرَحَه ذميٌّ آخَرُ أو جَرَح الصَّائِل عليه ثم جرحه آخر، ففي وجوب القصاص على الشَّرِيك في الصور قولان:

أصحُّهما: على ما ذكر الرويانيُّ وغيره: أنه يجبُ؛ لحصول الزهوقِ بفعلَيْن عَمْدين، وامتناع القصاصِ على الآخر؛ لمعنى يَخُصُّه، فصار كشريك الأب.

والثاني: لا يجبُ، بل عليه نصْفُ الدية؛ لأن مَنْ لا يضْمَنُ أخفُّ حالاً من الخاطىءِ الَّذي فعْلُه مضمونٌ بالدية، فإذا لم يجبْ على الشريك الخاطىءِ، فأَوْلَىٰ أن لا يجبَ علَىٰ الشريكِ في هذه الصورة وفي شريك الجلاَّد ومستَوْفِي القصاصِ طريقة قاطعة بالوجوب؛ لأن فعلهما في مقابلة ما سبق من جناية المقطُوع، فهو كالمضمون به.

ولو جرحه سَبُعٌ أو لدغته حيَّةٌ أو عقرب، وجرحه مع ذلك آدَمِيٌّ، ففي وجوب القصاص عليه طريقان: **أشهرهما**: طرد القولَيْن.

والثاني: القطْع بأنَّه لا قصاص[2] علَيْه؛ لأنه لا تكْليفَ على السَّبُع، فكان شريكه

---

(١) سقط من: ز.

(٢) وذكر في المهمات أن النووي خالف في تصحيح التنبيه فصحح المنع ولم يبين المعتمد وقد رأيت في تذكرة العالم لابن سريج تصحيح المنع.
وقال الشيخ أبو خلف الطبري في شرح المفتاح: إنه أظهر، واختاره الصيدلاني في شرح المختصر.
قال: لأن فعل السبع لا يوصف بالعمد بل هو أبعد من العمد من فعل الخاطىء والصواب الوجوب فقد نص عليه في الأم.

كشريك الخاطِىءِ، ولأنَّ فعْل السَّبُع لا يَصْدُر عن فِكْر وَرَوِيَّة، فلا يوصف بالعمدية، وهذا الأصحُ عند القاضي الحُسَيْن والإمام وصاحب الكتاب، وهذان الطريقان على ما يقتضيه كلامُ الإمام فيما إذا قصد السبعُ الجُرْحَ، ففي طريق يجيْء في شريكه الخلافُ المذكورُ، فيمن شارك عامداً غيْرَ ضامن، وفي طريقٍ لا يُنْظَر إلى صفة فعله، ويُجْعَل عمْدُه كالخطأ، وأما إذا وَقَع السبُع عليه من غير قصد، فليس ذلك مَوْضِعَ الخلاف [فلا قصاص قطعاً].

وفي «التهذيب» أنَّا إذا أوجبْنا القصاصَ على شريك السَّبُع، فلا فرق بين أن يقْصده السبعِ بالجرح، أو لا يقصده، وهذا ذَهَابٌ إلى تنزيل خطئه منْزلةَ العَمْد على خلاف ما حَكَاه الإمام وعلى كل حَالٍ، فالخلاف فيما إذا كان جُرْح السَّبُع بحَيْث يَحْصُل منه الموت غالباً فإن كان لا يُفْضِي إلى المَوْت غالِباً، فشريكه كشريك الجارح شبهه، العمْد ولو جرح رجُلٌ عبْدَه، وجرحه عبد أيضاً وعتق فجرحه عبْدٌ أو حرٌّ، ومات من الجرحَيْن ففي وجوب القصاص على الجارِحِ الآخرِ طريقان.

أشهرهما: طرد القولين.

والثاني: القطْع بالوجوب؛ لأن فعل السيد مضمونٌ بالكفارة، فشريكه شريكُ عامدٍ ضامنٍ، كشريك الأب، والخلافُ راجعٌ إلى أن المُعْتَبَر مُطْلَقُ الغُرْم أو كون الفِعْل مضموناً بالدِّيَة، فإنَّها التي تتعلَّق بحقِّ القتل، والكفَّارة تجبُ لحَقِّ الله تعالَىٰ ولو جَرَحَ نفْسَه وجَرَحَهُ غيره، فوجوب القِصَاصِ على الشَّريك ينبني علَىٰ أن قاتل نفسه هل تلزمه الكفَّارة إن قلْنا: نعم، فهو كشريك السيِّد، وإن قلنا: لا، فكشريك الحربي، وكيفما كان، فالظاهر الوجوب، ولو رمى اثنان سهمَيْنِ إلى صَفِّ الكفار، وأصابا مسلماً في الصفِّ وقد علم أحدهما أن هناك مسلماً، ولم يَعْلَم الآخرُ، فوجوب القصاص على الذي عَلِمَ يبنى على الخلافِ في شَرِيك السَّيِّد؛ لأن فعْل الجاهل مضمونٌ بالكفارة.

وقوله في الكتاب: «وشَرِيكِ الجلاَّد و[شريك] مستوفي القصاص» يجوز إعلامهما بالواو إشارةً إلى الطريقةِ القاطعةِ بوُجُوب القِصَاصِ علَىٰ الشريك في الصورتَيْنِ.

وقوله: «والسبع ملحَقٌ بالخاطىء في أصح الوجهين» الوجهان محمولان على الطريقين الذين بيَّناهما.

وفي قوله: «لا بالحربي» بيان أن المقابل للأصح أنه كالحربيِّ، فيكون في شريكه القوْلاَن المذكور أن في شريك الحربيِّ، وكذا الحال في قوله: «وشريك السيد كشريك الأب على أحد المجهين»، والوجه والطريق قَدْ يقام أحدُهُما مقامَ الآخر.

فَرْعٌ: وجوب القصاصِ على شريك الصبيِّ والمجنونِ العامدين يُبْنَىٰ على الخلاف في أن عمْدَهُما عمْدٌ أو خطأٌ، إن قلْنا: عمد، وجَبَ، وهو الأصح، وإن قلْنا خطأً،

فلا، كشريك الخاطىء، وبه قال أبو حنيفة، هكذا أطْلَق مُطْلِقون، وعن القفَّال وغيره: أن الخلاف في الصبيِّ الذي يعقل عقْلَ مثله، وفي المجنون الذي له نوْعُ تمييز فأما من لا تمييز له بحال، فعَمْده خطأ، وشريكه خاطىءٌ، لا محالة، وهذا ما جرى عليه الأئمة منهم صاحب التهذيب رحمه الله وإيانا والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: فَرْعٌ: إِذَا صَدَرَتْ جِرَاحَتَانِ مِنْ وَاحِدٍ وَإِحْدَاهُمَا غَيْرُ مُوجِبَةٍ فَلاَ قِصَاصَ كَمَا لَوْ جَرَحَ عَمْداً وَخَطَأً، أَوْ جَرَحَ حَرْبِياً ثُمَّ أَسْلَمَ فَجَرَحَهُ ثَانِياً، أَوْ جَرَحَ مُسْتَوفِي القِصَاصِ والحَدِّ بَعْدَ اسْتِيفَائِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أحد الفروع، إذا صدَرَتْ جراحتان مِن شخص، إحداهُمَا عَمْدٌ، والأخرى خَطَأٌ، ومات المجْرُوحُ منهما، لم يلزمْه قصاصُ النَّفْسِ؛ لأن الزهوق لم يَحْصُل بالعمْد المحضِ، ولكن يجبُ نصف الدية المخففة على العاقِلة، ونصف الدية المغلَّظة في ماله، وقد يتعلَّق القصاصُ بجراحة العَمْد، كما إذا قطع طَرَفاً، وكذلك لو جرح حربيّاً أو مرتدّاً، فأسْلَم وجرَحَه ثانياً أو قطع يَدَ إنسانٍ قصاصاً أو في سرقة، ثم جرحه، أو قَطَع يده الأخرَىٰ، ظُلْماً أو قَطَع يد الصائل عليه دفعاً، فلما وَلَّىٰ، جرَحَه أو قطَع يده الأخرى ظُلماً، لا يجب قصاص النفْس ويثبت موجِب الجراحةِ الواقعةِ في حال العصمة من القصاص أو الدية المغلَّظة وكذا لو جَرَح العادِلُ الباغِيَ في القِتَال ثم جَرَحَه بعد انقضاء القِتَال أو السيدُ عبْدَه ثم جرَحَه بعد ما عَتَقَ، أو جرح حربيٌّ مسلماً ثم أسلم القاطع، فجرحه ثانياً، ولو قطَع مسلمٌ يَدَ ذميٍّ، فأسلم، فقطع يده الأخرى، أو حز يد عبْدٍ، فعَتَق، فقطع يده الأخرى، ومات بالسراية، لم يجبْ عليه قصاصُ النفس، ويجب قصاصُ الطَّرَف المقطوع بعْد الإسلام والحرية، فإن اقتصَّ المستحِقُّ في الطَّرَفِ، أخذَ نصف الدية، وإنْ عفا أَخَذَ دية حُرٍّ مسْلِم، ولو قَطع ذميٌّ يَدَ ذِمِّيٍّ، فأسلم الجارحُ، ثم قطع يده الأخرى، ومات بالسراية، لمْ يجب القصاص في النفس، ويجب قصاصُ الطَّرَف المقطوع أولاً فإن عفا المستحِقُّ، أخذ دية ذمِّيٍّ.

قال الإمام: «وقد انتظم من هذه المسائل أن الجراحتين من شخص واحد، إذا أفْضيا إلى الزهُوق وأحدَهُما ممَّا لا يتعلَّق به القصاص لا يجب القصاص قولاً واحداً، يستوي فيه ما إذا كان أحدُهما عمداً، والآخر خطأ، وما إذا كان العمْدُ الذي لا يتعلَّق به القصاص موجباً للضمان، أو لم يكنْ وإذا كان الجُرْحان من شخصَيْن، فَرَّقْنَا بين ما إذا كان أحدُهما عمْداً، والآخر خطأ فنفينا القصاص عنهما، وبين ما إذا كانا عمْدَيْن فقلْنا: إذا كان الذي لا يتعلَّق به القصاص موجباً للضمان، وجب القصاص على الشريك، وإذا لم يكن موجباً للضمان، ففي القصاص على الشريك قولان، ولم يجعلوا الإنسانَ بأحَدِ فعْلَيْهِ شريكاً لنفسه في الفعْل الآخر.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ دَاوَى المجْرُوحَ بِنَفْسِهِ بِسُمٍّ مُذَفِّفٍ يَسْقُطُ القِصَاصُ عَنِ الجَارِحِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُذَفِّفاً صَارَ الجَارِحُ شَرِيكَ النَّفْسِ، وَكَذَا إِذَا خَاطَ المَجْرُوحُ جُرْحَهُ فِي لَحْمٍ حَيٍّ، وَقِيلَ: إِنَّ المُتَدَاوِيَ مُخْطِئٌ فَهُوَ شَرِيكُ الخَاطِئِ وَلَوْ كَانَ عَلَيْهِ قُرُوحٌ أَوْ بِهِ مَرَضٌ وَالجَارِحُ لاَ يَصِيرُ بِهِ شَرِيكاً لِأَنَّ ذَلِكَ لاَ يُضَافُ إِلَىٰ ٱلاخْتِيَارِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هٰذا الفرْع الثاني فيه صورتان:

إحداهما: إذا داوَىٰ المَجْرُوحُ نفْسَه بسُمٍّ قاتلٍ، إما بأن شربه أو وضعه على الجراحَةِ، فإما أن يكون مذفِّفاً أو لاَ يَكُون، وحينئذ فإمَّا أن لا يَقْتُل غالباً أو يَقْتل غالباً، فهذه أحوالٌ ثلاثةٌ.

إحْداها: إذَا كانَ مَذَفِّفاً، فالمجروح قاتِلُ نَفْسه، كما لو جرحه إنسانٌ، فَذَبَح المجروحُ نفْسَه، ولا يجبُ علَىٰ الجارح، قصاصُ النفْسِ، وإنما الذي عليه أرْش الجراحَةِ أو القصَاص، إن تعلَّق بها قصاصٌ كما لو قطعَ طَرَفاً.

والثانية: إذا لم يَقْتُل غالباً، فهو شبْه عمد، والجارح شريكٌ لصاحب شبْه العَمْد، فلا قصاص عليه، وإنما الذي يلزمه نصْف الدية المغلَّظة أو القصاصُ إن كانتِ الجراحةُ ممَّا يجب فيها القصاصُ.

الثالثة: إذا كان السمُّ قاتلاً غالباً، فإن لم يَعْلَم المجروحُ أنَّه كذلك، فكما في الحالة الثانية، وإن عَلِمهُ، ففِي وجوب القصاصِ على الجارِحِ طريقان:

أحدهما: أنه كشريك منْ جرَح نفْسَه، وقدْ مرَّ حكمه، وهذا أظهر عند ابن الصباغ، وهو قضية إيراد الكتاب.

والثاني: القَطْع بنفي القصاص؛ لأنه قصد التَّداوي والإصلاح دون الهلاك والإفساد، فشريكه شريك خاطىء.

الثانية: إذا خاطَ جُرْحَه في لَحْم ميِّتٍ، لم يُؤَثِّر؛ لأنه لم يُؤْلِم وعلى الجارح القصاصُ أو كمالُ الدية، وإن خاطَه في لحْم حيٍّ تداوَيا، وكان ذلك ممَّا يُهْلِك غالباً، ففي وجوب القِصَاص على الجارح الطريقانِ المذكوران في التَّداوِي بالسَّمِّ الذي يَقْتل[1] غالباً، وفي الصورتَيْن لا فَرْقَ بين أن يَفْعَل المجروحُ ذلك بأمْر نفسه أو يَأْمُر به غيره، ولا شيء على المأمور، ولو استقل به الغير، فهُوَ والأول جارحان متعدِّيان ولو تولاه الإمامُ فِي مجْرُوحٍ، فإن كان بالغاً رشيداً، فكذلك؛ لأنه لا ولاية للإمامِ علَيْه وإنْ كان

(١) قضيته ترجيح وجوب القصاص هنا، وهي ما حكاه الماوردي عن جمهور أصحابنا. ثم قال: وعندي أنه يجري عليه حكم عمد الخطأ لأنه قصد به حفظ الحياة فأفضى به إلى التلف.

صغيراً أو مجنوناً، ورأى المصلحَةَ فيه، فمات، ففي وجوب القصاصِ قولانِ، كما لو قَطَع سلعةً مِنْ صغيرٍ أو مجنونٍ، فمات منه، فإن قلنا: لا قصاص، وجَبَ نصْفُ دية مغلَّظة، ويكون على عاقلة الإمام أو فِي بَيْت المال؟ فيه قولان يُذْكَران في موضعهما، وحُكْم الجَارِحِ يُبْنَىٰ على الخلافِ فيما إذا تولاَّه المجْرُوح بنَفْسه، إن جعَلْنا وجوبَ القِصاصِ عليه على الخلاف، فيما إذا شَارَكَ عامداً غيْر ضامِنٍ، فها هنا يجب القصاص عليه؛ لأنه شارَكَ مَنْ فِعْلُه مضمونٌ بالقصاص أو الدية، فإن نزَّلْنا المجروحَ منزلة الخاطىء لقصده التداوي، ولم يوجب القصاص على شريكه فلذلك ها هنا، لأن الإمام أيضاً قصد الإصلاح والتداوي، ولو قصد [الخياطة][1] في لحْم ميتٍ، فغلط، وخاط في لحْم حيٍّ، فالجارح شريكُ الخاطىء لا محالة، قال القفَّال: وكذلك، لو قَصَد الخياطَةَ في الجِلْد، فغلط، وأصابت الإبرة اللحْم، والكيُّ كالخياطةِ، فيُنظر أكَوَىٰ لحْماً ميتاً أو حيّا يُؤْلِم، ويَكُون له سرايةٌ ونكايةٌ ولا اعتبار بالمداواة بما لا يضُرُّ ولا يخْشَىٰ منه الهلاك، وكذلك لا اعتبار بما على المَجْرُوح من القروح، وبما به من المرض والضَّنَىٰ، فإن ذلك لا يضاف إلَىٰ أحَدٍ، ولا يَدْخُل تحْت الاختيار.

ولو قطع أصبع رَجُلٍ فتآكل موضع القطع فقطَعَ المقطوعُ كفَّة خوفاً من السراية، نُظِر؛ إن لم يتآكل إلا موْضِعُ القَطْعِ، فليس على الجَارِحِ، إلا القصاص في الأصبع أو أرشها، إن لم يَسْرِ إلى النفسِ، وإن سَرَىٰ، ففي وجوبِ القصاصِ على الجانِي في النفس الخلافُ المذكورُ في الخياطة، فإن سرَتِ الجراحةُ إلى الكفِّ ثم قطعها، فيُنْظَر أقطع من لحم حيٍّ أو من لحْم ميِّتٍ، ويكون الحُكْم كما ذكَرْنا في الخياطة ولو جَرَح عضواً فداواه المجْرُوحُ فتآكل العُضو، وسقط فإن كان ما داواه به مما لا يورثُ التآكل، فعلَىٰ الجارحِ ضمانُ العُضْو، وإنْ كان ممَّا يورث التآكل، فليس عليه إلا أرْش الجراحة، ولو قال الجَاني: داوَيْته بما حدث منه التآكل، وأنكر المجنيُّ عليه، فهو المصدَّق بيمينه؛ لأنَّ الجناية معلومةُ الأسباب وغَيْرُها من الأسباب غير مَعْلُومٍ.

قال صاحب «التهذيب»: ويُحْتَمَلُ أن يقال: القول قول الجانِي بيمينه لأن الأصْل براءة ذمَّتِهِ عمَّا سوى أرْش الجراحةِ، كما لو قَطَع يد إنسانٍ، فمات، وقال الجانِي: إنَّه قتل نفْسَه، فليس عليَّ إلا نِصْف الدِّيَة، وقال الوارث: بل ماتَ بالسرايةِ، فمَنِ المصدَّق منهما فيه وجهان:

أحدهما: يُصدَّق الوارثُ، وهو الحكاية عن نصِّهِ في «الأم» فيما إذا قال الجارح: داوي نفسه بما يهلك، وقال الوارثُ: بل بمَا لا يَضُرُّ ولا يُهْلِكُ.

---

(١) في ز: الإصلاح.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ تَمَالأَ جَمْعٌ عَلَىٰ وَاحِدٍ وَضَرَبَ كُلُّ وَاحِدٍ سَوْطاً سَقَطَ الْقِصَاصُ فِي وَجْهٍ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ خَاطِىءٌ، وَوَجَبَ فِي وَجْهٍ حَسْماً لِلذَّرِيعَةِ، وَوَجَبَ فِي الثَّالِثِ إِنْ كَانَ عَنْ تَوَاطُؤٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الثالث: إذا ضرب جماعةٌ واحداً بِسُيُوطٍ أو عصِيٍّ خفيفةً حتى قتلوهُ نُظِر؛ إن كانت ضرباتُ كلِّ واحد منهم قاتلةً، لو انفرد، فعليه القصاص، وإذا آل الأمر إلى الدية، فتُوزَّع عليهم جميعاً. ويكون التوزيع على عدَدِ الرؤوس أو على عدد الضربات؟ فيه قولان:

أحدهما: على عدد الرؤوس كما في الجراحات، لو جرَحه واحدٌ جراحةً، والآخر جراحاتٍ توزع الدية على عدد الجارحين دون الجراحات.

والثاني: على عدد الضربات؛ لأن الضربات تُلاَقِي الظاهر، ولا يَعْظُم فيها التفاوتُ، والجراحاتُ تؤثِّر في الباطِنِ، ونكاياتُ الباطِنِ كبيرةُ التفاوت لا يمكن ضبْطُها، فقَصَرْنا لذلك النظَرَ على الجارحين، وهذا الخلاف كالخلافِ فيما إذا زاد الجلاَّد على المائة، أو على الثمانين في الحدِّ يكون عليه نصْف الدية أو يُوَّزع على عَدَدِ الجلدات، وكالخلاف فيما لو استأجَرَ دابَّة لحمل مائة مَنٍّ مثلاً، فزاد على المائة، وهو غير منفرد باليد، فتلفت الدابَّة؛ أن الضمان يتنصف أو يتوزَّع على مقدار المحمول، وقد سبق في الإجارَةِ ذكْرُ المسألتين، وأن الشيخ أبا محمد رجَّح قول التنصيف، وأن الأقرب مقابِلُهُ، وإن لم يكن ضَرْبُ كلِّ واحدٍ منهم قاتلاً، كما لو اجتمع عددٌ كبيرٌ وضربه كلُّ واحدٍ ضربةً، فمات فقَدْ أطلق الإمام وصاحب الكتاب فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه لا قصاص على واحدٍ منهم؛ لأن فِعْل كل واحد منهم ليس عمداً مقتضياً للقصاص، ومَنْ عداه شركاؤه، ولا قصاص على شركاء الخاطىء، ولا شركاء صاحب شبه العمد.

والثاني: يجب؛ لئلا يصير ذلك ذريعةً إلى سفْكِ الدماء.

والثالث: أنهم إن تَوَاطَؤوا على أن يضربوا تلْكَ الضربات، لَزِمَهم القصاص، وإن وقَعَت اتِّفاقاً، لم يلزم، وتخالف الجراحات لا يُشْتَرط فيها التواطُؤُ لأن نفْسَ الجُرْح قَصْدٌ إلى الإهلاك والضرب بالسوط الخفيف لا يَظْهر فيه قصد الإهلاك إلا بالموالاة مِنْ واحدٍ أو المواطأةِ مِنْ جماعة، وهذا ما اختاره القاضي الحُسَيْن، وأورده أصحابُهُ، منهم صاحب «التهذيب» ثم رأى الإمام طرْحَ الوجه الذاهب إلى وجُوبِ القِصَاص على الإطلاق، وقال: الوجه القَطْع بنفيه، إن لم يكن تواطؤٌ، وإن كان، فوجهان، وأيد وجه الوجوب؛ بأن هذه الضرباتِ إذا والَىٰ عليها الواحِدُ، لزمه القصاص، وإن لم تكنْ واحدةٌ منهما عمْداً مقتضياً للقصاص وكما لا يجب القصاص على شريك غير العامد، لا

يجب القصاص على مَنْ قَتَلَ بفعلين عَمْدٍ وغيرِ عمْدٍ، وكما جُعِلَ الواحدُ عامداً بموالاته عليها، جُعِلَتِ الجماعةُ عامدِينَ بموالاتهم.

قال: وإذا لم يجبِ القصاصُ، فيجب الضمان لا محالة، وإن كان فعلُ كلِّ واحدٍ لا يقتضي ضماناً لو انفرد، وذكر في «التهذيب»: أنه لو ضَرَب واحدٌ سوطين أو ثلاثةً، وجاء آخر وضرَبَ خمسين أو مائةً قبل أن يزُولَ ألمُ الضَّرْبِ الأوَّل ولا تواطؤ، فلا قصاص على كلِّ واحد منهما؛ لأن ضرب الأول شبْهُ عَمْدٍ، والثاني شريكٌ له، ويجب بضَرْبِ الأوَّل نصفُ دية شبْهِ العمد، وبِضَرْبِ الثانِي نصْفُ دية العمد، وأنه لو ضَرَبَ واحدٌ أولاً خمسين، ثم ضرب آخرُ سوطَيْن أو ثلاثةً قَبْل أن يزول ألَمُ الأول، فإن كان الثاني عالمَاً بضَرْب الأولِ، فعليهما القصاصُ؛ لظهور قصد الإهلاك[1] منهما، وإن كان جاهلاً، فلا قصاص على واحدٍ منهما؛ لأنه لم يَظْهَرْ قصد الإهلاك من الثاني، والأولُ شريكه، ويجب بضَرْبِ الأول نصْفُ دية العَمْدِ، وبِضَرْبِ الثاني نصْفُ دية شبْه العمد. وفرق بينه وبيْن ما إذَا ضَرَب مريضاً سوطَيْن أو ثلاثةٍ، وهو جاهل بمرضه؛ حيث يُوجَبُ القصاصَ؛ بأنَّ هناك لم يَجِدْ من يُحَيِّل القتل عليه سوى الضارب، وليكن القول بتنصيف الديةِ في الصورتين جواباً على أن التوزيع على عَدَدِ الضارِبِينَ دون الضرَبَاتِ.

وقوله في الكتاب: «ولو تمالأ جمْعٌ على واحدٍ وضَرَبَ كلُّ واحدٍ سوطاً، سَقَطَ القصاصُ» التمالُؤُ التعاون، وقد يُظَنُّ اختصاص «لفظ التعاون» بما إذا كان هناك تواطُؤٌ، فإن كان كذلك، كان التصويرُ فيما إذا تواطأ، وحينئذ، فلا يحسُن إيرادُ الوجوه الثلاثة فيه.

وقوله: «وسقط القصاص» لا يخفى أن المراد أنه لم يَجِبْ؛ لأن ما هناك سقُوطٌ بعد ثبوتٍ، ويجوز أن يُعَلَم [الثاني][2] من الوجوه الثلاثة بالواو، لقطع الإمام بنفيه، وأن يُعْلَم قوله: «ووجب» في الوجهين الآخرين بالحاء؛ بناء على أصله في القتل بالمُثَقَّل.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ جَرَحَهُ وَنَهَشَتْهُ حَيَّةٌ فَعَلَيْهِ نِصْفُ الدِّيَةِ، وَلَوْ جَرَحَهُ مَعَ ذَلِكَ سَبُعٌ فَعَلَيْهِ ثُلُثُ الدِّيَةِ، وَقِيلَ: النِّصْفُ وَلاَ يُنْظَرُ إِلَىٰ عَدَدِ الحَيَوَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لو جرحه إنسان ونهشَتْه حيَّة، ومات المجروح منهما، فالجارح شريكُ الحية، وقد سبَق حُكْم القصاص، وإذا آل الأمر إلى المَالِ، فعليه نصْف الديةَ، ولو جَرَحَه مع ذلك سبُعٌ، ففيه وجهان:

أحدهما: أن عليه ثلُثَ الدية؛ لأنه شارك حيوانَيْنِ مختارَيْنِ؛ فأشبه ما إذا جَرَحَه

---

(١) وهذا ذكر في المطلب أن البغوي تفرد به عن شيخه القاضي ثم قال وفيه نظر متلقى مما إذا ضرب الشخص مريضاً يقتل المريض دون الصحيح.

(٢) في أ: الأول.

ثلاثةُ أشخاصٍ، وهذا أصحّ عند صاحب «التهذيب»، وبترجيحه يُشْعِرُ إيرادُ الكتابِ.

والثاني: أن عليه النصْفَ ويُجْعَل غير الآدمي جنساً واحداً، فيصير كما لو جَرَحَه رجُلٌ، وجرحه سَبْع جَرَّاحتين.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: فَصْلٌ فِي تَغْيِيرِ الحَالِ بَيْنَ الجُرْحِ وَالمَوْتِ وَلَهُ أَرْبَعَةُ أَحْوَالٍ: الحَالَةُ الأُولَىٰ فِي طَرَيَانِ العِصْمَةِ فَلَوْ جَرَحَ مُرْتَدّاً أَوْ حَرْبِيّاً فَأَسْلَمَ ثُمَّ مَاتَ فَفِي وُجُوبِ الضَّمَانِ وَجْهَانِ، وَالأَصَحُّ السُّقُوطُ، وَلَوْ جَرَحَ عَبْدَ نَفْسِهِ وَأَعْتَقَ ثُمَّ مَاتَ فَوَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ وَأَوْلَىٰ بِالوُجُوبِ، فَإِنْ قُلْنَا: لاَ يَجِب فَلَوْ رَمَىٰ إِلَى مُرْتَدٍّ أَوْ عَبْدٍ ثُمَّ طَرَأَتْ هَذِهِ الأَحْوَالُ فَفِي الوُجُوبِ وَجْهَانِ لِأَنَّ العِصْمَةَ قَارَنَتْ أَوَّلَ الإِصَابَةِ وَإِنْ لَمْ تُقَارِنِ الرَّمْيَ، فَإِنْ حَفَرَ بِئْراً فَتَرَدَّىٰ فِيهِ مَنْ كَانَ مُرْتَدّاً عِنْدَ الحَفْرِ وَجَبَ الضَّمَانُ، وَإِذَا أَوْجَبْنَا فِي جُرْحِ الحَرْبِيِّ إِذَا أَسْلَمَ قَبْلَ المَوْتِ فَهُوَ عَلَى العَاقِلَةِ لِأَنَّهُ خَطَأٌ بِالإِضَافَةِ إِلَىٰ عِصْمَةِ الإِسْلاَمِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هذا الفصْل معقود للكلام فيما إذا تَغَيَّر حالُ المجْرُوح من وقْت الجُرْح إلى المَوْت إمَّا بالعصْمة أو الإهْدَار، وإما في القَدْر المضْمُون به، واعلم أن المجْرُوح إمَّا أن يكون مُهْدَراً في حالة الجُرْح والموت أو مهدراً في حالة الجرح [و] أن يتخلل المهدر بينهما أو لا يتخلل وحينئذ فإما دون الموت. أو بالعكس أو معصوماً فيهما، وحينئذ، فإما أن تخْتَلف قدْر الضمان في الحالَتَيْن أو لا يختلف، فهذه أحوالٌ ستٌّ، والأُولَىٰ والسادسةُ ظاهرتا الحُكْم، فطرحهما لوضوحهما، وبقيت الأربعةُ المذكورةُ في الكتاب.

أما الحالة الأولى: ففيها صور:

إحداها: إذا جَرَح مرتدّاً أو حربيّاً بقطع يد أو غيره، ثم أسلم، أو عُقِدت الذمّة للحربيِّ، ثم مات من تلْك الجراحة، فلا قصاص، لأن قطع المرتدّ غير مضمون بالقصاص، فسرايته لا تكون مضمونةً كقطع يد السارق، ولأن الجراحة إذا وقَعَتْ في حالةٍ لا توجبُ القصاص، لم يَجِبِ القصاص بما يحْدُث بعْدها ألاَ تَرَىٰ أنه لو جرح صبيٌّ إنساناً ثم بلغ الصبيُّ، ومات المجروحُ، لا يجب القصاص، ولأن الكفاءة تعتبر حالة الجراحة دون الموت؛ ولذلك نقول: لو قطع عبْدٌ يدَ عَبْدٍ، فأُعْتِقَ القاطعُ، ثم مات المقْطُوعُ فيقتل به اكتفاءً بالكفاءة عند الجراحة، وهل تجبُ الدية؟ فيه وجهان.

أحدهما: لا؛ لأنه قطْع غير مضمون، فسرايته لا تكون مضمونةً كسراية القطْع قصاصاً أو بالسرقة، وكما لو جرح الصائل عليه، دفْعاً، ثم أعرض، فسَرَتِ الجراحة.

والثاني: وينسب إلى أبي إسحاق، وحكاه القاضي ابن كج عن أبي محمَّد الفارسي: أنه تجب الدية اعتباراً بحالة استقرار الجناية، وربما وُجِّه في المرتد بأنَّه جُرْحٌ

ممنوع منه، فإن المرتد، وإن كان تضرب رقبته فإنما يجوز ذلك للإمام لا للآحاد، وإذا كان ممنوعاً منه، جاز أن تكون سرايته مضمونةً، والأول هو الصحيح المنصوص، وهو الذي أورده كثيرٌ من الأصحاب، وحكى الإمام القطْعَ به عن الشيخ أبي عليٍّ وغيره المراوزة، ولحكاية القطْع يجوز أن يُعْلم قوله في الكتاب: «وجهان» بالواو.

ولو جرح حربيٌّ مسلماً ثم أسلم الجارحُ أو عُقِدَتْ له الذمَّةُ، ثم مات المجروحُ، فالجواب في «التهذيب» أنه لا شيْء على الجارح، ونقل بعْضُهم أنه يلزمه الضمان؛ لأن المجنيَّ عليه مضمونٌ في[1] الحالتَيْنِ.

الثاني: إذا جَرَح عبْدَ نَفْسِهِ ثم أعتقه فمَاتَ بالسراية، فظاهر المذْهَب، وهو الحكاية عن النص: أنه لا ضمان على السيِّد أيضاً، وعن نصِّه في «عيون المسائل» أن الجارية الحامِلَ بوَلَدٍ رقيقٍ من نكاح أو زنا إذا كانت مشتركةً بيْن اثنيين، فضَرَب أحدهما بطْنَها، ثم أعتق نصيبه، وسَرَىٰ العِتْق، ثم أجهضت جنيناً مَيْتاً، يجب للجنين غُرَّة كاملةٌ، وقياس النصِّ الأولِ، أن لا يجب إلا نصْفُ غُرَّة، وقياس النص الثاني وجُوبُ الضمان على السيد؛ اعتباراً بحالة الجراحة، وللشيخ أبي عليٍّ رواية طريقَيْن فِي النَّصَّيْنِ:

أحدهما: إثبات قولَيْنِ بالنقل والتخريج، أحدهما: أنه لا تجب الدية، ولا يجب إلا نصْفُ الغُرَّة؛ اعتباراً بحالة الجراحَةِ.

والثاني: تجب الدية وكمالُ الغُرَّة اعتباراً بحالة استقرار الجناية، والجراحةُ في نَفْسها محظورةٌ لورودها على معْصُومٍ بخلاَفِ جَرَاحَةِ الحَرْبِيِّ والمرْتَد المُهْدَرَيْنِ.

والثاني: تقرير النصين، وفرق بأن الجراحة صادفَتْ مملوكةً حقيقةً، ثم طرأ العتق، وفي الضرب إنَّما تتحقَّق إضافة الجناية الولَدَ عند الانفصال فجُعِلَتْ حالة الانفصال كحالة إصابة السَّهْم، وما قبلها كالرمْيِ على ما سنَذْكُر في صورة الرَّقْيِ والولد عند الانفصال حُرٌّ، وإنما قال في الكتاب في هذه الصورة: «وأولى بالوجوب» لأنه، وإن لم يجب عليه في عبْده قصاصٌ ولا ديةٌ، فهو معصومٌ مضمونٌ بالكفارة، بخلاف المرتد والحربي، وكذلك تَصرَّف القاطعون بنفي الوجوب في المرتدِّ والحربيِّ هذا التصرُّفَ المذكور ها هنا وأثبتوا الطرفين.

الصورة الثالثة: إذا رمَىٰ إلى حربيٍّ أو مرتدٍّ، فأسلم، ثم أصابه، فلا قصَاصَ؛ لأنه لم توجَدِ الكفاءة في أوَّل أجزاء الجناية، وأما الضمان، فإن قلْنا: يجب الضمان، إذا أسْلَمَ بَعْد الجَرْح، ثم مات، فها هنا أولَىٰ وإن قلنا: لا تجب هناك، فها هنا ثلاثة أوجه:

---

(١) قال النووي: الصحيح: لا ضمان. والله أعلم. وبه جزم الإمام في النهاية.

أصحهما: وهو المنصوص، أنه تجب؛ اعتباراً بحال الإصابة؛ لأنها حالة اتصال الجناية والرَّمْيِ كالمقدمة التي يتسبب بها إلى الجنايه.

والثاني: وبه قال أبو حنيفة، لا تجب اعتباراً بحالة الرمْي، فإنه الداخِلُ تحت الاختيار.

والثالث: عن رواية القفَّال: أنه يجب في المرتدِّ دون الحربيِّ، والفرْقُ أنه يجوز لكل أحد قتلُ الحربيِّ والرمْيُ إليه، وقتْلُ المرتدِّ إلى الإمام، فيفوَّض إليه حتى لو كان الرامِي إلى المرتدِّ هو الإمام فعَنِ القاضي الحُسَيْن: أنه لا شيْء عليه، وهكذا أورده صاحب «التهذيب».[١]

وقال الإمام: المرتدُّ يُقْتَل بالسيف صبْراً، ولا يُرْشَقُ بالنشاب، فالرَّمْيُ إليه ضَرْبٌ من المُثْلة غَيْر سائغ، وقضية هذا الكلام أن لا نُفَرِّق بيْن الإمام وغيره ونسب أبو الفرج الزاز هذا الوجْه الثَّالث إلى ابن سُرَيْج وفي «الشامل» نسبته إلى أبي جعفر التِّرْمِذِيِّ، والأشْهَرُ عن الترمذيِّ الوجهُ الثاني، وكذلك روي عن الداركيُّ عن أبي محمدٍ الفارسيِّ عنه، وقد يعبر عما ذكَرْنا مِنْ كيفية الخِلافِ؛ بأن يقال: الوجهان في صورة الرمْي مرتَّبان على الوجهَيْن فيما إذا جَرَحَ حَرْبِيّاً أو مرتدّاً، ثم أسلم، وهي أولَىٰ بوجوب الضمان؛ لأن الجرح الذي هو سبب الهلاك وُجِدَ في حالة الإهْدَارِ، والرمْيُ إنما يتمُّ بالإصابة، وقد حصَلَتْ في حال العصمة، وقد تَرتَّب الوجهان في الرمْيِ إلَىٰ المرتدِّ على الوجهين في الرمْيِ إلى الحربيِّ ويقال: المرتد أَوْلَىٰ بالوجوب، وقد يعكس، ويُجْعَل الحربيُّ أَوْلَىٰ بعَدَم الوجوب، ويجري الوجهان فيما إذا رَمَىٰ إلى قاتل أبيه، ثم عفا عنه قَبْلِ الإصابة، وهو أولَىٰ بوجوب الضمان منْ صورة المرتَدِّ، لأن إهدارَ المرتَدِّ أعظمُ من إهدار من عليه القصاص، وفيما إذا رَمَىٰ إلى عبْدِ نَفْسِهِ، ثم أعتقه قبل الإصابة، وهذا أولَىٰ الصور بوجوب الضمان؛ لأن العبد معصومٌ مضمونٌ بالكفارة.

ولو حَفَر بئراً في محلِّ عدوانٍ، فتردَّىٰ فيها مسْلِمٌ، كان مرتداً وقْت الحَفْر أو حُرٌّ كان رقيقاً يومئذٍ، وجبتِ الديةُ، بلا خلاف، لأن الحفْر ليس سبباً ظاهراً للإفضاء إلى الهلاك، ولا يتَّجه نحو شخص بعينه ولا يؤثر وقوعُهُ في حالة الإهْدَار، بخلاف الرمْيِ.

قال في «التهذيب» ولو تغيَّر حال الرمْيِ بأن رمى حربيٌّ إلى مسْلِمٍ، ثم أسلَمَ قبل الإصابة، ففي وجوبِ الضمانِ[٢] وجهان.

---

(١) وقضية هذه العلة أنه لو كان الرامي إلى المرتد هو الإمام أنه لا شيء عليه، ونسبه في الشرح الصغير للتهذيب وغيره.

(٢) لم يرجحا ـ أي الرافعي والنووي ـ رحمهما الله ـ شيئاً وقياس ما سبق في صورة الجرح الذي صححه من زوائده أنه لا ضمان.

وقوله في الكتاب: «فلو رمى إلى مرتَدٍّ كان الأَوْلَىٰ أن يقول: «إلى عَبْدِهِ» فإنه المقصود كما ذكر في صورة الجُرْح، «وَلَوْ جَرَحَ عَبْدَ نَفْسِهِ» فأما إذا جرح عبْد الغَيْر أو رمى إلَيْه ثم عَتَقَ، فليس ذلك من صُوَرِ هذه الحالة.

وقوله: «ثم طرأَتْ هذه الأحوال ذكر لفظ «الأحوال» بالجمع، والمذكور من قبل ما إذا طرأ الإسْلام أو العِتْق لا غير، فلو قال: «ثم طرأ ما ذكرنا أو طرأت الحالتان» لكان أوضَحَ على أن الأمر فيه هَيِّنٌ.

الرابعة: إذا قلْنا بوجوب الضمان فيما إذا جرح حربياً فأسْلَم، ثم مات، وفيما إذا جَرَحَ عبْدَ نفسِهِ، ثم أعتقه، فمات، فالواجب ديةُ حُرٍّ مسلِم، وكذلك في مثلهما من صورة الرمي ثم الذي رأى الإمامُ القطْعَ به، وجرى عليه صاحب الكتاب: أن الديةَ فيما إذا طرأ الإسلاَم أو العِتْق بعْد الجرح تَكُون مخففَّةً مضروبة على العَاقِلة، وتكون الجناية ملْحَقَةً فالخطأ المحْضِ منزلة منزلة ما إذا رَمَىٰ إلى صَيْدٍ، فأصاب إنساناً، ويكون عروض عصمة الإسلام، كاعتراض الآدمي في مورد السَّهْم إلى الصيْد، فأما إذا طرأ الإسْلام أو العِتْق بعْد الرمْيِ، ففي كيفية الدِّيَة الواجبة الخلافُ المذكورُ في «كتاب الديات»[1].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الحَالَةُ الثَّانِيَةُ أَنْ يَطْرَأَ المُهْدِرُ كَمَا لَوْ جَرَحَ مُسْلِماً فَارْتَدَّ وَمَاتَ فَلَيْسَ عَلَيْهِ إِلاَّ أَرْشُ الجِنَايَةِ لِأَنَّ السِّرَايَةَ مُهْدَرَةٌ، وَلِوَلِيِّهِ المُسْلِمِ القِصَاصُ؛ لِأَنَّهُ أَوْلَىٰ بِالتَّشَفِّي مِنَ الإِمَامِ، وَقِيلَ: الإِمَامُ أَوْلَىٰ بِهِ لِأَنَّ المُرْتَدَّ لاَ يُورثُ، وَلَوْ قَطَعَ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ فَارْتَدَّ وَمَاتَ فَدِيَةٌ وَاحِدَةٌ كَمَا لَوْ مَاتَ مُسْلِماً، وَقِيلَ: دِيَتَانِ لِأَنَّا لَوْ أَدْرَجْنَا لأَهْدَرْنَا، وَقِيلَ: لاَ شَيْءَ لِأَنَّ القَطْعَ صَارَ قَتْلاً وَصَارَ مُهْدِراً.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا جرَح مسلماً، فارتد، ثم مات بالسراية أو ذمياً، فنقض العَهْد، ثم مات، لم يجبْ قصاص النفْسِ ولا ديتها ولا الكفارة؛ لأنها تلفت وهي مُهْدَرةٌ، وأما ما يتعلَّق بالجراحة ففيه مسألتان:

إحداهما: إذا كانَتِ الجراحةُ منْ جنْس ما يوجب القصاصَ كالمُوَضِّحة وقَطْع اليد، فالنصُّ في «المختَصَر» أنه يجب فيه القِصَاص، وعن نصه في «الأم» أنَّه لا يجبُ فمِنهُم مَنْ نقله في عيْن هذه الصورة، ومنهم مَنْ رَوَىٰ أنَّ ذلك النصَّ فيما إذا قطع ذميٌّ يدَ مستأمَنٍ، ثم لحِقَ المستأمَنُ بدار الحربِ، ومات، قال: لا قصاص عليه في القطْع؛

---

(١) قال الشيخ البلقيني: الذي رجحه في كتاب الديات أن الدية على العاقلة، ورجح ابن كج خلافه والأصح عندي ما رجحه ابن كج وهو المنصوص في الأم.

وجعل الصورتَيْنِ على قولَيْن بالنقل والتخريج، ووجْه المنع كيفما فرض القولان؛ بأن الطَّرَفَ يَتْبَع النفس، إذا صارت الجناية قتْلاً، وإذا لم يجِبْ قصاصُ النفس، لا يجب قصاص الطَّرَف، وكذلك، لو قطع طَرَف إنسان، فمات منه، فعفا وليه عن قصاص النفس، لم يكن له أن يقتصَّ في الطرف، ويُحْكَىٰ هذا عن اختيار ابن سُرَيْج.

ووجه الوجوب، وهو الأصحُ عند الجمهور: بأن القصاص في الطَّرَف ينفرد عن القصاص في النفْس ويستقر، فلا يتغير بما يَحْدُث بعْده؛ ألا تَرَىٰ أنه لو قَطَع طرَفَه، وجاء آخَرُ، وَحَزَّ رقبته يجب على الأولِ قِصاصُ الطَّرَف، ولو جاء آخر، وقطع طرفاً آخر خطأً، ومات منْهما، يجب على الأول قصاصُ الطَّرَف، وإن لم يجبْ عليهما قصاص النَّفْس، وإذا قلْنا بالأصح، فلفظ «المختصر»: أن لوليه المسْلِم أن يقتص، واعترض المزنيُّ بأن قريبه المسْلِمَ لا يأْخُذُ ماله، وأن المرتدَّ لا يُورَثُ، فَكيف يقتص عنه بل الوجْهُ أن يستوفيه الإمام، واختلف الأصحاب في المُسْتَوْفِي، فقال قائلون: مستوفيه الإمامُ كما قاله المزنيُّ، وصوبوه في الحكم والتوجيه، وغلطوه في فهم كلام الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ في الاعتراض، وقالوا: أراد الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ بالوليِّ الإمامَ، وذَكَرَ علَىٰ هذا أن القول بأن السلْطَانَ يستَوْفِيه مبنيٌّ على أصحِّ القولَيْن في أنَّ مَنْ قُتِلَ ولا وارِثَ له يَسْتَوْفِي قِصَاصَهُ السلطانُ، كما مر في «اللقيط»؛ فإن المرتدَّ لا وارث له [يستوفي قصاصه السلطان] قال آخرون يستوفيه قريبُهُ الذي كان يرثه لولا الردَّة؛ لأن القصاص للتشفِّي ودرك الغَيْظ، وذلك يتعلَّق بالقريب دون الإمام، وأجابوا عن فَضْل المالِ بأنه يجوز أن يَسْتَوْفِي القصاصَ غَيْرُ مَنْ يأخذ المال، إذا آل الأمر إلى المال، ألا تَرىٰ أنه إذا قُتِل مديون يقتص وارثه وإذا عفا، أَخَذَ الغرماءُ المالَ، وعن تأويل النَّص بأنه لو أرادَ الإمام، لم يَحْتَجْ إلى لَفْظ المُعْلِم، ولم يَحْسُنَ موْقِعُه، وبأنه قال في «الأم»: «يقتص منه أولياؤه» بلفظ الجمع والإمامُ واحدٌ، وربما حَكَىٰ «ورثَتَهُ» صريحاً، وهذا أظهر في المذهب والآخذون به أكثر، لكن الإمام اسْتَبْعَدَهُ مِنْ جهة المَعْنَىٰ، ولم يتهيَّأْ له، ما انفصلوا به عن قَصْد المال، وادعى القاضِي ابن كج أنَّ الأكثرين علَىٰ أنه يستوفيه الإمام كما قال المُزَنِيُّ، وأبو سعيد الإصطخريُّ وحْده ذهب إلى أنه يستوفيه القَرِيبُ، ثم إذا قلْنا: يستوفيه القريبُ، فلو كان صغيراً أو مجنوناً، يُوقَفُ إلى أن يبْلُغَ أو يُفِيقَ فيستَوْفي.

المسألة الثانية: لو كانت الجراحةُ مِنْ جنس ما يُوجِب المالَ دُون القصاص كالجائفة والهاشمة أو من جنس ما يُوجِبُ القِصاصَ، وقلْنا: لا يجب القصاصُ أو عفا عنْه، فهل يجِبُ لها المالُ؟ فيه وجهان، ويقال قولان:

أحدهما: لا، وبه قال أبو الطيِّب بن سلمة؛ لأن الجراحة إذا سَرَتْ، صارَتْ

قتلاً، وصارت الأطراف تابعة للنفس، والنفس مهْدَرةٌ، فكذلك ما يتبَعُها.

وأصحُّهما: نعم؛ لأنه وجب بالجناية أرْشٌ، والرِّدَّةُ تمنع وجوبَ شَيْءٍ بعدها، ولا يسقط ما وَجَب قبْلها، وهذا كما لو قَطَع طَرَف رَجُل، وقتل الرجل نَفْسَه، فإنه لا يَسْقُطُ ضمان الطرف، وإذا قلْنا بالأصح، ففيما يجب وجهان.

أصحُّهما: ويحكى عن النصِّ: أنه يجب أقَلُّ الأمرين من الأرْشِ الذي تقتضيه الجراحة ودية النفس، فإن كان الأرش أقلَّ كالجائفة وقطع اليدِ الواحدةِ، لم يزد بالسراية في الردة، وإن كانت ديَةُ النفس أقلَّ، كما إذا قَطَع يَدَيْهِ ورجْلَيْهِ، فارتدَّ، ومات، فلو ماتَ بالسِّراية مُسْلماً، لم يجب أكثر منها، فإذا مات مرتدّاً، فأَولَىٰ أن لا يجب أكْثَرُ منْها.

والثاني: وبه قال الإصطخريُّ: أن الواجب أرْشُ الجراحات بالغاً ما بلغ، فيجب فيما إذا قطع يدَيْه ورجلَيْه وديتان؛ لأن الأُرُوشَ إنَّما تندَرِج في الدية، إذا وجَب ضمانُ النَّفْسِ بتلْك الجراحة، والنفسُ ها هنا تلفَتْ مهدَرَةً، فلو أدرجنا لأهْدَرْنا فجُعِلت الردة قاطعةً للإدراجِ، قائمةً مَقَام الاندمالِ، وعلى كل حال، فالواجبُ فَيْءٌ لا يأخذ القريب منه شيئاً. هذا، إذا طرأت الردةُ بَعْد الجَرْح، فلو طرأتْ بعْد الرمْي، وقبل الإصابة، لم يجبْ شَيْء؛ لأنَّه مرتدٌّ حين تأثَّر بالجناية وعند أبي حنيفة: يجب الضمان اعتباراً بحالة الرمْي، واحتج الأصحاب بأن اعتبار وقْتِ الإصابة أولَىٰ؛ لأنها وقْت اتصال الجناية بالمجني عليه ولذا لو رمى صحيح، فَشَلَّتْ يَدُهُ قبل الإصابة، تجب قيمته حالَ الإصابة، وقد ذكَرْنا فيما إذا رمَىٰ إلى مرتَدٍّ، فأسْلَم قبْل الإصابة وجْهاً: أنه يعتبر وقْتُ الرمْي، فيمكن أن يُقَدَّر مثله ها هنا، كما قال أبو حنيفة، ولم يذكروه.

وقوله في الكتاب: «فليس علَيْهِ إلا أرْشُ الجناية؛ لأن السراية مهْدَرَةٌ» الغَرَضُ مِنْ تمهيده أن السراية لا شَيْءَ فيها بحالٍ، ولو وجب فيها شيْءٌ، لكان الواجِبُ ما يختصُّ بالجراحة، ثم الكلامُ في واجبها قصاصاً وأرْشاً يفصل ويُمْكِنُ أن يُعْلَم قوله: «إلا أرش الجناية» بالواو؛ للوجه الذي ذكَرْنا؛ أنه لا يجب شيْء من المال أصلاً، وهذا الوجْه هو الذي تعرَّض له في الكتاب آخراً، لكنَّه من جهة النَّظْم مخصوصٌ بما إذا قَطَع يدَيْه ورجْلَيْه.

وقوله: «ولوليه المُسْلِم القصاص» أي في الطَّرَف المقطوع، وأردْنا بالوليِّ المُسْلم القريبَ على ما هو الأظْهَر مِمَّا فُسِّرَ به لفظُ الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ ويجوز أن تعْلَمَ هذه اللفظة بالواو؛ لأنَّا إذا قلْنا: لا قصاص، لا يكون للقَريب القصاصُ، ولا يكون الإمام أوْلَىٰ به، والوجهانِ في الكتاب مُفَرَّعان على وجُوبِ القِصاصِ.

فَرْعٌ: قَطَعَ يَدَهُ ثم ارتدَّ المَقْطُوعُ، واندمَلَ الجُرْح، فله قصاص اليَدِ، فإنْ مات قبل أن يقتصَّ، واقتص وليه، ومَنْ الوليُّ؟ فيه الاختلافُ المذكورُ، فإن كانَتِ الجنايةُ ممَّا توجب المال، قال في «التهذيب» إن قلنا إن ملْكهُ باقٍ أخَذَه، وإن قلْنا: إنه زائلٌ،

وقف، فإن عاد إلى الإسلام أَخَذَهُ، وإلا أخذه الإمَامُ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الحَالَةُ الثَّالِثَة لَوْ تَخَلَّلَ المُهْدِرُ بَيْنَ الجُرْحِ وَالمَوْتِ كَمَا لَوِ ارْتَدَّ ثُمَّ أَسْلَمَ فَفِي القِصَاصِ قَوْلاَنِ إِنْ قَرُبَ الزَّمَانُ لمُقَارَنَةَ الإِهْدَارِ بَعْضَ أَجْزَاءِ السَّبَبِ، وَإِنْ طَالَ الزَّمَانُ فَالصَّحِيحُ السُّقُوطُ كَمَا لَوْ جَرَحَهُ فِي حَالَةِ الرِّدَّةِ فَفِي حَالَةِ الإِسْلاَمِ إِذِ الجِرَاحَةُ تَسْرِي فِي الرِّدَّةِ، وَإِذَا أَوْجَبْنَا القِصَاصَ وَجَبَ كَمَالُ الدِّيَةِ إِنْ كَانَ خَطَأً، وَقِيلَ: ثُلُثُ الدِّيَةِ تَوْزِيعاً عَلَى الأَحْوَالِ الثَّلاَثِ، وَقِيلَ: نِصْفُ الدِّيَةِ تَوْزِيعاً عَلَى العِصْمَةِ وَالإِهْدَارِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لو تخلَّل المُهْدِر، إذا جرح مسلم مسلماً، فارتد المجْرُوح، ثم عاد إلى الإسلام، ومات بالسراية، وجَبَتِ الكفارة، والنصُّ في «المختصر» و«الأم» أنه لا يجب القِصَاصُ، وفيما إذا جرح ذميٌّ ذمياً أو مستأمَناً، فنقض المجروح العَهْدَ، والتحق بدار الحرب، ثم جدد العَهْد، ومات بالسراية عن رواية الصيدلانيِّ وغيره: أن النصَّ أنه يجب القصاص، وحكى القاضي ابن كج والإمامُ فيهما طريقَيْن عن الأصحاب.

أصحُهما: أن في الصورتَين قولَين، وكذلك نقل الأكْثَرُون عن «الأمّ» النصَّ على القولين في صورة نقْض العهد:

أحدهما: يجب القصاص؛ لأنه مضمونٌ بالقصاص في حالَتَي الجرح والموْت، ولا نَظَر إلى ما يتخلَّلُها.

والثاني: لا يجب؛ لأنه انتهَىٰ إِلَىٰ حالةٍ لو ماتَ فيها، لم يجِبِ القِصاص، فصار ذلك شبْهةً دارئةً للقصاص.

والطريق الثاني: تنزيل النصين على حالَيْن؛ حيث قال: «لا يجب القصاص» فذلك إذا طالت مدة الإهدار، بحيث يظهر أثر السراية، ويُجْعَل له وقْعٌ واعتبارٌ، وحيث قال: «يجب» فذاك إذا قصرت المدة بحيث لا تجعل للسراية فيها اعتبار، وَوَقْعٌ، وإذا قلْنا بطريقة القولَيْن، ففي موضعها طريقان:

أحدهما: تخصيصهما ما إذا قصرت المدَّة، فإن طالَتْ، لم يجِب القصاصُ بلا خلاف؛ لأن القصاص يتعلق بالسراية والجناية معاً، ألاَ ترى أنَّه لو جرح مُسْلماً، فارتد أو مرتدّاً فأسْلَم، لا يجب القصاصُ، وإذا حصَلَتِ السرايةُ المُؤثِّرة في زَمَان الإهْدَار، كان كما لو جرح جراحةً في الإسلام، وأُخْرَىٰ في الردَّة، وصورة القولَيْن في نقْض العهد عند هؤلاء ما إذا كان في جوار، دَارِ الحرْبِ فالتحق بها، وعاد، وجدَّد العهْد في زمانٍ خفيفٍ.

والثاني: طرْد القولين في الحالتين، حكاه القاضي ابن كج عن ابن سُرَيْج وابن

سلمة وابن الوكيل، والأَصَحُّ من الطريقتين عند المُعْظَم تخْصِيص القولَيْن، بما إذا قَصُرت المدَّةُ، والراجح من القولَيْنِ عند صاحب «المهذب» قول الوجوب، وعند الشيخ أبي حامِدٍ والإمام وغيرهما قول المنعِ، هذا حكْم القصاص، وأما الدِّيَة ففيها قولانِ وثالث مخرج عن ابن سُرَيْج، وقد يعبر عنْها بالوجوه.

أصحها عند أكثرهم: أنه يجب كمالُ الدية؛ لوقوع الجرح والمَوْت في حال العصْمة؛ ولأن في الدية يُنْظَر إلى آخر الأمر.

وأصحُّهما: عند صاحب «التهذيب»، وجوب النصف توزيعاً على العصمة والإهدار، ويجعل حالة العصمةِ حالةً واحدةً، كما لو جرح مسلماً فارتدَّ وجرح آخَرَ في الردة، ثم عاد إلى الإسلام، ومات يَجِبُ على الأول نصْفُ الدية، وهذان القولان كقولين نُقِلا عن الإمام[1] فيما إذا قَطَع مسْلِمٌ يدَ مسلم خطأً، وارتدَّ القاطع، ثم عاد إلى الإسلام، ومات المقْطُوع بالسراية، أن العاقلة تَحْمِلُ كُلَّ الديةِ أو نصْفَها، والنِّصْفَ في مال القاطع.

والثالث: منسوبٌ إلى ابن سُرَيْجٍ أنَّه يجب ثُلُثَا الديةِ توزيعاً على الأحوال الثلاثِ حالَتَي العصمة وحالة الإهدار، وعنْ القاضي الطبريِّ قول محوَّج: أن الواجبَ أرْشُ الجراحة لا غير؛ لأن الردة تقطع تأثير السراية، فتقرر الأَرْش كالبرء.

نعم، لو زاد الأرْش على قدْر الدية، لم يجب إلا قدْر الدية، وحاصله إيجابُ أقلِّ الأمرين منْهما، ثم الكلام في موضع هذا الخلاف من وجْهَيْن:

أحدهما: قال أكْثَرُهم: موْضع الخلاف ما إذا طالَتْ مدة الإهْدار، أما إذا قَصُرَتْ، فلا خلاف في وجوب كمال دية، وحكى الإمام طريقةً طاردةً للخلاف في الحالَتَيْن.

والثاني: قال الإمام [إن أوجبنا القِصَاصَ،][2] فلو آل الأمرُ إلى المال، ففيه الوجوه، وهذا يُشْعِر بما إذا عفا عن القصاص، وقد يشير به إلى ما إذا كان الجُرْح خطَأً أيضاً، وكذا صوَّر صاحب الكتاب الخلافَ فيما إذا كان خطأً، تفريعاً على وجُوبِ القصاص، وفي «التهذيب» أنا إذا أوجبْنا القصاصَ، فعفا، وجب كمال الدية بلا خلاف، وإنما يجيءُ التفصيل والخلافُ في الدية إذا لم نُوجِبِ القصاص، وهذا أوجَهُ، ولْتَكُنْ كذلك صورة الخطأ، إذا قلْنا بوجوب القصاص في العَمْد، ولْيُعْلَم قوله في الكتاب: «ففي القصاص قولان» للطريقة المنزلة للنصين على الحالَتَيْن، فإنها لا تثبت الخلاف.

وقوله: «المقارنة الإهدار بعض أجزاء السبب» يعني أن سببَ الهلاكِ الجراحةُ

---

(١) في ب: «الأم».

(٢) سقط من: ز.

والسراية شيئاً فشيئاً، فإذا قارن الإهدارُ بعْضَ أجزاء السَّبَب وأورث الشبهة، وليُحْمَلْ قوله: «فالصحيح السقوط» على الصحيح من الطريقَيْن على ما بيَّنَّاه، ويقابله الطريق الطارد للقولَيْنِ في الحالَتَيْنِ.

فَرْعٌ: لو رمى إلى مسْلِم، فارتدَّ، وعاد إلى الإسلام، ثم أصابه السهْم، فالمشهور أنه لا قِصَاص، وإنما يجبُ القَصاص إذا وُجِدَ الإسلامُ في طرفَي الرمي والإصابة، وفي المُدَّة المتوسِّطة بينهما، قال الإمام: ويجيْء فيه قولٌ آخر؛ لأمرين:

أحدهما: أن الشيخ أبا عليٍّ حكى قولاً فيما إذا رمَىٰ سهماً إلى صيْدٍ وارتدَّ، وعاد إلى الإسلام، ثم أصاب السهْمُ إنساناً؛ بأن الدية تُضْرَب على عاقلة المسلمين، ويكتفي بإسلامه في الطرفَيْن، والحكْمُ يَتحمَّل العقْل والقصاصَ يجريان مَجْرَى واحداً؛ لأنَّه معدول عن القصاص، فيحتاط فيه كما في القصاص.

والثاني: أنا ذكرناهما، إذا تخلَّل المُهْدِر بين الجُرْحَ والمَوْتَ قولاً إنه يجب القصاص مع أن الجراحة تؤثِّر وتُؤلِم في حالة الإهدار، فصورة الرمْي أولَىٰ بإثبات الخلاف.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الحالة الرابعة: طَرَيَانُ مَا يُغَيِّرُ مِقْدَارَ الدِّيَةِ كَمَا لَوْ جَرَحَ ذِمِّياً فَأَسْلَمَ أَوْ عَبْداً فَأُعْتِقَ ثُمَّ مَاتَ وَالنَّظَرُ فِي القَدْرِ إِلَىٰ حَالَةِ (ح) المَوْتِ، وَلَوْ فَقَأَ عَيْنَيْ عَبْدٍ قِيمَتُهُ مِائَتَانِ مِنَ الإِبِلِ فَعَتَقَ فَمَاتَ فَعَلَيْهِ مِائَةٌ مِنَ الإِبِلِ وَيُصْرَفُ إِلَىٰ السَّيِّدِ كَيْلاَ تَضِيعَ الجِنَايَةُ عَلَيْهِ، وَلَوْ قَطَعَ إِحْدَىٰ يَدَيْ عَبْدٍ فَعَتَقَ فَمَاتَ فَالمَصْرُوفُ إِلَىٰ السَّيِّدِ فِي قَوْلٍ أَقَلُّ (ح) الأَمْرَيْنِ مِنْ كُلِّ الدِّيَةِ أَوْ كُلِّ القِيمَةِ، وَعِبَارَتُهُ أَنَّ الوَاجِبَ أَقَلُّ الأَمْرَيْنِ مِمَّا لَزِمَهُ آخِراً بِالجِنَايَةِ عَلَى المِلْكِ أَوَّلاً أَوْ مِثْلُ نِسْبَتِهِ مِنَ القِيمَةِ، وَفِي القَوْلِ الثَّانِي يُصْرَفُ إِلَيْهِ أَقَلُّ (ح) الأَمْرَيْنِ مِنْ كُلِّ الدِّيَةِ أَوْ نِصْفُ القِيمَةِ، وَعِبَارَتُهُ أَنَّ المَصْرُوفَ إِلَيْهِ أَقَلُّ الأَمْرَيْنِ مِمَّا لَزِمَهُ آخِراً بِالجِنَايَةِ عَلَىٰ المِلْكِ أَوَّلاً أَوْ مُجَرَّدُ أَرْشِ الجِنَايَة عَلَى المِلْكِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا طرأَ ما يغير مقدار الدِّيَة، فالواجب القَدْر، الذي يقتضيه يَوْمَ المَوْت؛ لأَنَّ الضمانَ بَدَلُ التالف فيُنْظَر فيه إلَىٰ حَال التَّلَف، وقَدْ يكونُ التغيُّر من الأكثر إلَىٰ الأقل، وقد يكُونُ بالعكْس، أما الأوَّل فكما لو جَنَىٰ على نصرانيٍّ، فَتَمَجَّس، ثم مات، فإن قلْنا: يُقَرُّ النصرانيُّ إذا تمجَّس على التمجُّس، فعَلَىٰ الجانِي ديةُ مجُوسِيٍّ؛ اعتباراً بالآخِرِ، فإن قلْنا: لا يُقَرُّ عليه، فهو كما لو ارْتَدَّ المجْرُوحُ، ومات، فعلى أصحِّ الوجهين يجبُ الأقل منْ أرْش الجناية على النصرانيِّ أو دية نفسه وعَلَىٰ ما ذكره الإصطخريُّ: يجب الأرْش بالغاً ما بَلَغ، ولو جرح نصرانيٌّ نصرانياً، ونقض المجروح، العهْدَ، والْتَحَقَ بدارِ الحَرْب، ثم سبي واسْتُرِقَّ، ومات بالسراية، فلا قِصَاصَ في النَّفْس؛ لتَخلُّل حالة الإهْدَار؛ ولأن الحُرَّ لا يُقْتَل بالعَبْدِ، ويجب قصاص الطَّرَفِ، إنْ

كانَتِ الجراحةُ بقَطْعِ طَرَفٍ، وإنْ أراد المستحِقُّ المَالَ، ففيما يجب على الجاني قولان:

أحدهما: أقلُّ الأمرين من أرْش جنايته حرّاً، وكمالُ قيمته عبداً؛ لأنه بالالتحاق بدار الحرب صار مهْدَراً، فأشْبَهَ ما إذا ارتدَّ المُسْلِم؛ وعلى هذا، فهو لورثته النصارى سواءٌ كانوا عنْدنا أو في دار الحَرْبِ، كذلك حكاه القاضيان ابن كج والرويانيُّ، وفيه قول آخر: أنَّه يكون لبَيْتِ[1] المال.

وأصحُّهما: على ما قال في «التهذيب»: أن الواجب قيمته بالغةً ما بلَغَت؛ اعتباراً بالمال بعْد كونه مضموناً وقْت الجناية، فعَلَىٰ هذا إن كانَتِ القيمةُ والأرْشُ سواءً أو كانتِ القيمةُ أقلَّ، فالواجب للوارث، وإن كانتِ القيمةُ أكبَرَ فقَدْر الأرشِ للوارثِ، والباقي للسيِّد، ولو أن الذي ملكه أعتقه ومات حرّاً، فقولان في أن الواجب أقلُّ الأمرين منَ الأرض ودية حرٍّ ذميٍّ أو دية حرٍّ ذمي، وعلى القولَيْن فَالْوَاجِبُ لورثته، ولو أسلم، وعَتَقَ، ومات، ففي القصاص قولان، وفي المال الواجِب قولان، أهُوَ ديةُ حُرٍّ مُسْلِمٍ أو أقلُّ الأمرَيْنِ منَ الأرْشِ ودية حرٍّ مُسْلِمٍ، وعلى القولَيْن فهو لورثته المسلمين.

وأما بالعكس ما إذا جَرَحَ ذمياً فأسْلَمَ أو عبْداً لغيره فعَتَقَ، ثم مات، نُظِر؛ إن ماتَ بعْد الاندمال، وجَبَ أرْش الجناية، ويكون الواجبُ في العَبْد للسيد، فلو كان قَدْ قطع يديه، أو فقأ عينيه، وجب كمال قيمته، ولا فَرْق بين أن يكون العِتْق قبل الاندمال أو بعده؛ لأن الجراحَةَ إذا اندمَلَتِ، استقرَّت وخرَجَتْ عن أن تكون جنايةً علَىٰ النفس، فيُنْظَر إلى حال الجناية على الطَّرَف، وكان مملوكاً حينئذ، فيجب أرشها للسيد، وهو كمال القيمة، وهذا بناءً على الصحيح، وهو أنَّ جراحةَ العبْدِ مقدَّرةٌ، وفي كتاب القاضي ابن كج حكايةُ وجهٍ فيما إذا كان الاندمال بَعْد العتق: أن الواجبَ فيه ديةُ حُرٍّ اعتباراً بحال الاستقرار، والمشهور الأوَّل، وإن مات بالسراية، لم يَجِبْ قصاص النفْس، إذا كان جَارح الذمِّيِّ مسلماً، وجارحُ العَبْد حُرّاً؛ لأنه لم يَقْصِد بالجناية من يكافئه، ويجب فيه دية حُرٍّ مسلمٍ؛ لأنه كان مضموناً في الابتداء، وهو في الانتهاء حُرٌّ مسلِمٌ فوجب

---

(١) قال النووي: قد جزم البغوي على هذا القول بأنه لسيده، لأنه بدل روحه وكان ملكه. والله أعلم.
وقد نوزع المصنف في سكوته على مقالة البغوي فإنها أضعف من القول الذي استغربه، والعجيب كيف يجزم به البغوي تفريعاً على هذا القول وهو العامل مع الأصحاب تفريعاً على الصحيح أنه إن كانت القيمة والأرش سواء أو القيمة الأقل والكل للوارث. وإذا كانت القيمة أكثر فقدر الأرش للوارث والباقي للسيد. هذا كلامه في التهذيب.
فإذا كان مع القول بوجوب القيمة عيناً لا يجب للسيد إلا الزائد على الأرش فكيف إذا أوجبنا أقل الأمرين نوجب الكل للسيد ونحرم الوارث مع ملاحظتنا للأرش. (قاله البكري عن صاحب الخادم).

بدله وعن أبي حنيفة أن العتْقَ يقطع السراية حتَّىٰ لو قطع يدَ عَبْدٍ فعَتَق، ثم سرى القَطْع لم تجِبْ إلا ديةُ اليدِ، واحتج الأصحاب بأنها جنايةٌ مضمونةٌ فتكون سرايتها مضمونةً، كما إذا جَنَىٰ على ذميٍّ فأسْلَم، ثم مات، ولا فَرْق بين أن تكون القيمةُ أقلَّ من الدية أو أكثرَ حتى لو فقأ عيْنَ عبد تساوي قيمتُه مائتَيْنِ من الإبل أو قَطَعَ يدَيْه، لم يجب إلا قدْر مائة، ثم إن كانت الديَةُ مثل القيمة، أو أقَلّ فالكُلُّ للسيد؛ لأنه قد استحَقَّ هٰذَا القَدْرَ بالجناية الواقعةِ في مِلْكه، وإن كانَتْ أكثر فالزيادةُ على القيمة للورثة؛ لأنها وجَبَتْ بسبب الحرية، وذهب المزنيُّ إلى أنه إذا كانَتِ القيمةُ أكثَرَ وجبَتْ بكمالها، وصُرِفَتْ إلى السَّيِّد؛ قال الإمام كأنه يقول: لا سبيل إلى صرْف دية الحُرِّ إلى السيِّد، ولا سبيل إلى حرمانه، فالوجه أن يقطع أثر الحرية، ويصرف إليه أرْشُ ما جَرَىٰ في الرق، وهذا كالوجْه الذي ذكَرَه الإصطخريُّ فيما إذا قَطَع يَدَيْ مسلم ورجلَيْه، فارتدَّ ومات بالسراية أنَّه تجب ديتان، ولا يُنْظَر إلى السراية بعد الردَّة، وعنَّ الشيخ أبي محمَّد أنَّ مَنْ سلك مسْلَك الإصطخريِّ هنالك، لا يبعد أن يوافق المزنيَّ ها هنا، وإذا قطَع إحدَىٰ يدَيْ عبْدٍ أو فقأ إحْدَىٰ عينيه، فعَتَق، ومات بالسراية، وأوجبْنَا كمال الدية ففيما للسَّيِّد قولان:

أحدهما: أنه يُصْرَف إلَيْه أقلُّ الأمرين مِنْ كل الدية، أو كلُّ القيمة؛ لأن السراية حصَلَتْ بجناية مضمونة للسيد، وقد اعتبرنا السراية حَيْث أوجَبْنا ديةَ النَّفْس، فلا بُدَّ من النظر إلَيْها في حقِّ السيد، فيقدَّر موته رقيقاً أو موته حرّاً، ويوجب للسيد أقلّ العِوَضَيْن، فإن كانتِ الديةُ أقلَّ، فليس على الجانِي غيرها، ومِنْ إعتاقِ السيِّد جاء النقصان؛ فإن كانت القيمة أقلَّ، فالزيادة وجبَتْ بسبب الحُرِّيَّة، فليس للسيِّد إلا قدْر القيمة الَّذي كانَ يأْخُذُه لو ماتَ رقيقاً.

وأصحُّهما: أن المصروف إليه أقلُّ الأمرين من كل الدية، ونصْف القيمة، وهو أرْشُ الطَّرَف المقطوع في ملْكه لو انْدَمَلَتِ الجراحةُ؛ لأن السرايةَ لَمْ تحصل في الرِّقّ حتى تُعْتبر في حقِّ السيد، فإنْ كان كلُّ الدية أقلَّ، فلا واجب غيره، وإن كانَتْ نصْف القيمة أقلَّ، فهو أرش الجناية الواقعة في ملكه، وهذا القول الثاني هو المنصوصُ في المسألة، وعن صاحب التقريب، وأبي يعقوب الأبيوردي والقفَّال: أن الأول مخرَّج من صورة نوردها في الفصْل الثاني لهذا الفصل قد نص فيها على القولَيْن وفي تعليق بعْض المروزيين نسبة القول الأول إلى القديم، والثاني: الأصحُّ إلى الجديد وعبروا عن القولَيْنِ بعبارتين تُخرَّج عليهما الصورة المذكورةِ مِن بَعْد، فقالوا: للسيد على القوْلِ الأول الأقلُّ ممَّا يلزم الجانِي آخِراً بالجناية على المِلْك أولاً، ومن مثل نسبته من القيمة، وعلى الثاني الأصحُّ الأقلُّ مما يلزم الجانِيَ آخر بالجناية على الملْك أولاً، ومِنْ أرْش الجناية، لو وقعت، فلو قطَع أُصْبُع عَبْدٍ، فعتقه، ثم سرى فعلى الأوّلِ: للسَّيِّد الأقلُّ من كمال الدية الذي يلزم آخراً، ومن كمال القيمة، وهو مثل نسبته من الدية، وعلىٰ الأصحِّ

الأقلُّ مِنْ كمالِ الدية، وعشر القيمة وهو أرْش الجنَايَة.

وقوله في الكتاب: «والنظر في القَدْر[1] إلى حالة الموت» ليعلم بالحاء؛ لما ذكرنا أن عبْده لا ينظر إذا عَتَق إلى حالة الموت، وإنَّما الواجبُ أرْشُ الجناية.

وقوله: «ولو فقأ عينيْ عبد قيمته مائتان من الإبل» هذا لفظ الشافعي ـ رضي الله عنه ـ، وتصويره ولا يخفى أن عين الإبل لا تقويم بها وإنما التقويم بالنقد، وإنما المراد أن قيمته قدر ما يساوي مائتين من الإبل، وكذا قوله: «فعليه مائةٌ من الإبل» أي قدْرُها، وأما أن المأخوذ منه عين الإبل أو تؤخذ الدراهم، فسيأتي، وليُعْلَم بالزاي؛ لما بينا.

وقوله: «أقل الأمرين» في القولين يمكن أن يُعْلَمَا بالحاء؛ لأن عنْد أبي حنيفة المَصْروف إلى السَّيِّد أرْشُ الجناية في ملْكه لا الأقل من هذَيْن، ولا من هذين.

وقوله: «من كل الدية أو كل القيمة» الأغلب في لسان أهل الفقه في مثل هذا الموضع كلمة «[أو] ولو قلْتَ: مِنْ كل الدية، وكل القيمة بالواو: صَحَّ وكان أوضح، وكذا الخلاف الحال في قوله: «أن نصف القيمة، وكذا قوله في العبارتين المترجمتين حيث قال أو «مثل نسبه من القيمة أو مجرَّد أرش الجناية».

وقوله في العبارة الأولى «الواجب أقل الأمرين» أي للسيد، وهو مَعْنَىٰ قوله في الأخرى «المصروف إلى السيد» فقد يُخْتَصَر، فيقال «المصروف إلى السيد في القول الأول الأقل من الواجب على الجاني، وما يناسبه من القيمة، وفي الثاني الأقلُّ من الواجب وأرش الجناية».

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ قَطَعَ إِحْدَىٰ يَدَيْ عَبْدٍ فَعَتَقَ ثُمَّ جرحَهُ رَجُلاَنِ آخران فَعَلَىٰ جَمِيعِهِمْ دِيَةٌ وَاحِدَةٌ وَعَلَىٰ الجَانِي فِي الرِّقِّ الثُّلُثُ، وَلِلسَّيِّدِ فِي قَوْلٍ أَقَلُّ (ح) الأَمْرَيْنِ مِنْ ثُلُثِ الدِّيَةِ أَوْ مِثْلُ نِسْبَتِهِ مِنَ القِيمَةِ وَهُوَ ثُلُثُ القِيمَةِ، وَفِي قَوْلٍ أَقَلُّ الأَمْرَيْنِ مِنْ ثُلُثِ الدِّيَةِ أَوْ نِصْفُ القِيمَةِ وَهُوَ أَرْشُ جِنَايَةِ المِلْكِ، المَسْأَلَةُ بِحَالِهَا عَادَ وَهُوَ فِي العِتْقِ وَجَرَحَ جُرْحاً ثَانِياً فَالوَاجِبُ عَلَيْهِ ثُلُثُ الدِّيَةِ وَلَكِنْ بِجِرَاحَتَيْنِ حِصَّةُ جِنَايَةِ الرِّقِّ نِصْفُهُ وَهُوَ السُّدُسُ فَالمَصْرُوفُ إِلَىٰ السَّيِّدِ الأَقَلُّ مِنْ سُدُسِ الدِّيَةِ أَوْ سُدُسُ القِيمَةِ عَلَىٰ قَوْلٍ، وَعَلَىٰ قَوْلٍ هُوَ الأَقَلُّ مِنْ سُدُسِ الدِّيَةِ أَوْ نِصْفُ القِيمَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه صورتان تُقدِّم علَيْهما أنه لو قطع يد عبد، فعتق، [ثم] جاء

---

(١) سقط من: ز.

آخر، وقطع يده الأُخرَىٰ أو رجْلَه، فيُنْظَر؛ إن اندملتِ الجراحتانِ، فلا قصاص على الأول، إن كان حُرّاً، وعليه نصْفُ القيمة للسيِّد، وعلى الثانِي القصاصُ أو نصْفُ الديةِ للمقطُوع، وإن مات منهما، فلا قصاص على الأول، لا في النفس، ولا في الطَّرَف إذا كان حرّاً وأما الثاني، فللوارث أن يقتص في الطرف النفْسُ؛ لأن سقوطه عن الأوَّل كان لِمَعْنًى يختصُّ به، وهو عَدَم الكفاءة.

والثاني: كُفْءٌ هو أشبه شريك الأبِ، وفيه طريقان آخران:

أحدهما: أنه على القولَيْن في شريك السَّبُع.

والثاني: أنَّه لا قصاص عليه؛ لأنه مات مِنْ جُرْح صادَفَ رقّاً وحرية، فأشْبَه ما إذا جرح مَنْ نصْفُه حرٌّ ونصْفُه رقيقٌ، ونسب القاضي ابن كج إلى أبي الطيِّب بن سَلَمَةَ طريقة القولَيْن، والأكثرون نسَبُوا إليه الثاني، وإذا أوجبْنا القصاصَ، فلو عفا المستحقُّ، فعليه كمال الدية، وللسيِّد الأقلُّ من نِصْف الدية، ونصف القيمة على القولَيْن جميعاً؛ لأنه مات بجنايَتَيْن حصةُ كلِّ واحدةٍ مع سرايتها نصْفُ الدية، فيكون حقه فيما وجب علَىٰ الأول، ولا حَقَّ له فيما يجب على الثانِي؛ لأن جنايته لم تكُنْ في ملكه، وإنْ اقتص الوارث مِنَ الثاني، بقي على الأول نصْفُ الدية، فإنْ كانَ قَدْرَ نصْفِ القيمةِ أو أقلَّ، أخَذَه السيد، وإن كان أكْثَر، فالزيادة للوارث، ولو قطع حُرٌّ يدَ عَبْدٍ، فعَتَقَ، ثم عاد، وقطع يده الأخْرَىٰ، فمات منهما، فللوارث القصاص في الطرف الثاني دون الأول، ولا يجب عليه قصاص النفس؛ لأنه مات بجراحتين إحداهما موجِبَةٌ للقصاص، والأخرَىٰ غير موجبة، وقد ذكرنا أنه لا قصاص في مثْل ذلك، وحكى القاضِي ابن كج وجهاً ضعيفاً: أنه يجب، إذا عفا المستحقُّ عن قصاص الطَّرَف، فعليهما الدية، وإن استوفاه، بقي على الجاني نصْفُ الدية، وحُكْمُ ما للسيد في الحالتين على ما ذكَرْنا فيما إذا كان القَاطِعُ غيره، ولو قطع أصبع عبْدٍ فعَتَق، ثم جاء آخر فقَطَع يده، ومات منهما، فعليهما الديةُ للسيد على أحد القولَيْن؛ الأقلُّ من نصْفِ الدية، ونصْفِ القيمة، وعلى الأصحِّ الأقلُّ من نصْف الدية وعُشْر القيمة، فهذا ما نُقدِّمُه.

أما صورتا الكتاب، فإحداهما.

قَطَع إحدى يدَيْ عبْدٍ فعَتَقَ، ثم جرحه رجلانِ آخران بأن قطع أحدهما يده الأخرى، والآخر رجلَهُ، ومات منهما، فلا قصاص على الأوَّل لا في النفس ولا في الطَّرَف، إذا كان حرّاً، وعلى الآخرين القصاصُ في الطَّرَف، وكذلك في النفس، وفيه خلاف ابن سلمة.

وأما الديةُ، فيجب موزَّعةً على الجُنَاة الثلاثة على كل واحدٍ ثلثها، ولا حقَّ للسيد فيما يجب على الآخرين، وإنما يتعلَّق حقُّه بما يجب على الجاني في الرِّقِّ، وفيما

يستحقه القولان، وهما منصوصٌ عليهما في هذه الصورة في «المختصر» فعلى القول الأول: للسيد أقلُّ الأمرين من ثُلُثِ الدية، وثُلُث القيمة، وهو مثل نسبته من القيمة، وعلى الثاني الأقلُّ من ثلث الدية، وأرْش الجناية في مِلْكِه وهو نصْف القيمة. والثانية: الصورةُ بحالها، وعاد الجانِي في الرِّقِّ، وجرح بعد العتق جراحةً أخرَىٰ، ومات بسراية الكل، فالدية موزَّعة عليهم [أثلاثاً لما مَرَّ أنا ننظُر إلى عدَدِ الجارِحِينَ دون الجِرَاحَاتِ، والثلث الواجبُ على الذي جَنَىٰ في الرِّقِّ واجبٌ بجنايتين؛ إحداهما: في الرق، والأخرى: في العتق، فتقابل الجناية الواقعةَ في الرقِّ سُدُس الدية، فللسيِّد على القوْل الأول الأقلُّ من سدُس الدية الواجب بالجناية في ملْكه ومثْل نسبته مِنَ القيمة، وهو سدُسُها، وعلى الثاني: الأقل من سُدُس الدية ونصْفُ القيمة، وهو أرْشُ الجناية الواقعة في المِلْك، ولو قَطَع يد عبد فعَتَق، فجرحه آخر جراحةً، وعاد الأوّل وجرَحَه جراحةً أخرَىٰ، فعليهما الديةُ بالسوية، والنصْف الواجبُ عَلَىٰ الأول وجَبَ بجنايتي [الرق][1] والحرية، فحصة الجناية الأولَىٰ رُبْع الدية، فللسيد في القول الأوّل الأقلُّ منْ ربع الدية، وربع القيمة وعلى الثاني: الأقل من رُبْع الدية [ونصف القيمة][2] وبه أجاب ابن الحدَّاد في هذه الصورة، وذكر القاضي أبو الطيِّب: أنه الصحيح، ولو جنى اثنان على عبْدٍ، فعَتَق، ثم جَنَىٰ عليه ثالثٌ، ومات بالسراية، فعليهم الدية أثلاثاً، وللسيِّد في القول الأول الأقلُّ من ثلُثَي الدية، وثُلُثَي القيمة، وفي الثاني: الأقلُّ من ثُلثَي الدية، وأرْشِ جنايتي الرقِّ، ولو جنى ثلاثةٌ في الرِّقِّ، وعتَقَ فجَنَىٰ رابعٌ وماتَ منْهما، فعلَيْهم الديةَ أرباعاً وللسيِّد في القوْلِ الأوّل الأقلُّ من ثلاثة أرباع الدية، وثلاثة أرباع القيمة، وفي الثَّانِي الأقلُّ مِنْ ثلاثةِ أرباعِ الدِّية، وأرْش الجنايات، ولو جَنَىٰ اثنانِ في الرِّقِّ، وثلاثةٌ بعد ما عَتَقَ، فالديةُ عليهم أخماساً، وللسيِّد في القول الأول الأقل من خمسي الدية وخُمْسَي القيمة.

وفي الثَّانِي: الأقلُّ من خُمْسَي الدية، وأرش جنايتي الرق، ولو أوضَحَ عبْداً، فعَتَق، ثم قَطَع قاطعٌ يده، ومات منهما، فعليهما الدية، وللسيد على الأول أقلُّ الأمرين من نصْف الدية، ونصف القيمة، وعلى الثاني: الأقلُّ من نصْفِ الدية، ونصف عشر القيمة، وهو أرش جناية الملْك، ولو أوضحَهُ فَعَتَق فجاء تسعة، فجرحوه، ومات من الجراحات كلِّها، فتوزَّع الدية عليهم أعشاراً، وللسيد على القوْل الأولِ: الأقلُّ من عشر الدية وعشر القيمة، وعلى الثاني، الأقلُّ من عشر الدية ونصْف عشر القيمة، وهو أرش المُوَضِّحَة، ولو جرحه الأول جرْحاً ثانياً مع التسعة، فالدِّية موزَّعةٌ عليهم كذلك، وللسيِّد الأقل من نصْف عُشْر الدية، ونصف عشر القيمة على القولَيْن؛ لأنه لم يجب

(١) في ز: العتق.

(٢) في ز: وربع القيمة.

بالجناية واقفة وسارية إلا نصْف عشر الضَّمان، وهكذا يتفق القولاَنِ إذا اتفَقَ قدْر الضمان على التقديرَيْن كما إذا جنَىٰ خمسةً في الرِّقِّ وأرش جناياتهم نصْف القيمة، وخمسة بعد العتْق، فللسيِّد على القولَيْن، الأقلُّ من نصْف الدية ونصْف القيمة.

ولو جَنَىٰ تسعةَ في الرقِّ وواحدٌ بعد العتق، ومات منهما، فللسيد على القوْل الأول: الأقلُّ من تسعة أعشار الدية، وتسعة أعشار القيمة، وعلى الثاني: الأقلُّ من تسعةِ أعشار الديةِ، وأرش الجنايات، وإنْ كان أرشُ الجناياتِ تسعة أعشار القيمة اتَّفَقَ القوْلاَن، ولو قطع يدَيْ عبْدٍ، فعَتَق، وجرَحَه رجلانِ آخرانِ، ومات مِنَ الجراحات، فعليه الدية أثلاثاً وللسيِّد على القول الأول الأقلُّ من ثلث الدية، وثلث القيمة، وعلى الثاني: الأقلُّ من ثلثِ الدية وكل القيمة، وهو أرش الجناية في المِلْك، ولو كان قد قطع يدَيْه ورجلَيْه، فكذلك الجواب في «التهذيب»، ووَجْهُه أن الأطراف إذا صارَتْ نفساً، لا تُضْمَن بأكثر من القيمة ولك أن تقول: كما أن الأطْراف لا تُضْمَن بأكثر من القيمة إذا صارت نفساً، فاليد الواحدة لا تُضْمَن بنصف القيمة، إذا صارتْ نفساً فكما أن نصْفَ القيمة يجعل أرْش اليد الواحدة يجوز أن يُجْعَل أرش اليدَيْنِ والرجلَيْنِ قيمتَيْنِ أخذاً بتقديم عَدَم السِّرَاية.

ولو قطع حرٌّ يَدَ عبدٍ فعَتَقَ، فجاء آخر وحز رقبته، فقد أبطل الحَزُّ السراية، وعلى الأولِ نصْف القيمة للسيِّد، وعلى الثاني القصاصُ أو كمالُ الديةِ للوارث، ولو قطَع حرٌّ يَدَ عبْدٍ فعَتَق، فقطع آخر يده الأخرَىٰ، ثم قُتل حزّاً فإما أن يقتله ثالثٌ أو الأول أو الثاني، فإن قتله ثالثٌ، فقد بطَلت سراية القطعَيْن، وكأنَّهما اندملاَ، فعلى الأوَّلِ نصْف القيمة للسيد، وعلى الثاني القصاص في الطرف أو نصْف الدية للوارث، وعلى الثالث القصاص في النفس أو كمال الدية، وإن قتله الأوَّل، نُظِر؛ إن قتله بعد اندمال قطْعه، فعليه نصف القيمة للسيد، والقصاص في النَّفْس أو كمال الدية للوارث، وعلى الثاني: نصف الدية، وإن قتله قبل الاندمال، فعليه القصاص في النفْس، ثم إن قلْنا بظاهر المَذْهب، وهو أن بَدَلَ الطَّرَفِ يدْخُل في النفْس، فإن اقتص الوارثُ، سقَطَ حقُّ السيد، وإن عفا، وجَبَ كمال الدية، وللسيِّد منْها أقلُّ الأمرين من نصْف الدية ونصف القيمة، على أحد القولَيْن، كما سبق، هذا هو الظَّاهر.

وقال القاضي الطبَرِيُّ: عندي يَسْقُط حقُّ السيِّد، وإن عفا مستحِقُّ القصاص، لأنه إذا سَقَط حكْم الطَّرَف، وصار الحُكْم للنفْس، كان المأخوذ بَدَل النفس المفوتة بعد زوال مِلْك السيد، وعلى قول ابن سُرَيْج والإصطخريِّ: أن بَدَل الطَّرَف لا يدْخل في النفس، ويكون للسيد عليه نصف القيمة، وللوارث القصاصُ في النفس أو كمالُ الدية، كما لو قُتل بعْد الاندمال، وإن قتله الثاني، بَطَلت سرايةُ الأول، فعلَىٰ الأول نصْف القيمة للسيد.

والثاني: قَطَع طَرَف حُرٍّ ثم قتَلَه، فإن قتله بعْد الاندمال، فللوارث أن يقتص منه في الطرف والنفس، وله نصْف الدية لليد، وكمالُ الدية للنفس، فإن شاء استوفَىٰ القصاص فيهما وإن شاء أخذ بدلهما، وإن شاء استوفَىٰ في أحدهما وبدل الثاني، وإنْ قتله قبل الاندمال، فللوارث القصاص في النفس، بقطع اليد، وله دية النفس فَقَطْ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: ثُمَّ حَقُّ السَّيِّدِ فِي الدَّرَاهِمِ، وَالوَاجِبُ عَلَىٰ الجَانِي الإِبِلُ وَالخِيَرَةُ إِلَى الجَانِي، فَإِنْ سَلَّمَ الإِبِلَ فَهِيَ وَاجِبَةٌ، وَإِنْ سَلَّمَ الدَّرَاهِمَ فَلَيْسَ لِلسَّيِّدِ ٱلاَمْتِنَاعُ لِأَنَّهُ حَقُّهُ، وَقِيلَ: الإِبِلُ هُوَ الوَاجِبُ لِأَنَّهُ المُتَعَيِّنُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عرَفْت أن الواجبَ فيما إذا جنَىٰ على عبد فعَتَق، وسَرَت الجناية إلى نفسه، إنما هو الدية، والدية الإِبِلُ، فقال الأصحاب: تُؤخَذُ الإبل، وتصرف إلى السيد حِصَّته على التفصيل الذي سَبَق من الإبل، وليس للوارث أن يقول: أَسْتَوْفِي الإبل، وأدفع إليه ما يستحِقُّه من الدراهم أو الدنانير، فإنه إنما يستحِقُّ القيمة بحقِّ المِلْكِ، والقيمة الدراهم أو الدنانير؛ لأن ما يستحقه يستحقه من عين الدية التي هي الواجبة في الواقعة، وليست هي مرهونةً بحقه بخلاف الدَّيْن مع التركة، حيث يتمكَّن الوارث من إمساك التركة؛ لأن صاحب الدَّيْن لا يستحِقُّ عينها، وليس للسيد أن يكلِّف الجاني تسليم الدراهم، ولو أتى الجاني بالدراهم، ففي إجبار السيد على القَبُول وجهان، ذكرهما الإمام:

أحدهما: المَنْع؛ لأن الواجب المتعيِّن الإبل، فله أن يقول [له]: سلم حقِّي إلَيَّ.

والثاني: يُجْبَر؛ لأن ما يجب له يَجِب بحَقِّ المِلْك، والواجب بحقِّ المِلْك النقْدُ، فإذا أتى به، فقد أتَىٰ بأصْل حقِّه وحاصلُ هَذا الوجْه تخيير الجاني بيْن تسليم الإبل وتسليم الدراهم، وهو أفقه وأغوص عنْد الإمام، وإيراد الكتاب يُشْعِر بترجيحه أيضاً، ولو أَبرأ السيّد الجاني عمَّا يستحقه من الدية برىء، وليس للورثة المطالبة به.

فرع: رمَىٰ إلى ذميٍّ، فأسلم أو عبْدٍ، فعَتَق قَبْلَ الإصابة فيجب دية حرٍّ مسلم، ولا قصاص إذا كان الرامي حرّاً مسلماً، وكذا لو رمى ذميٌّ إلى ذميٍّ أو عبدٌ إلى عبدٍ، ثم أسلَمَ الذميُّ أو عَتَقَ قبل الإصابة، لا يجب القصاص؛ لأنه لا كفاءة عند الإصابة.

وقد يقال، على سبيل الترجمة عن مسائل الفصْل المذكور في تغير الحال بيْن الجرح والمَوْت وبين الرمي والإصابة: كلُّ جُرح ابتداؤه غيرُ مضمون، لا ينقلب مضموناً بتغيُّر الحال في الانتهاء، وذلك كما إذا جرَح مرتدّاً، فأسْلَم، وكلُّ جرح ابتداؤه مضمونٌ، وانتقل المجروحُ إلى حالة الإهْدار، لم يتعلَّق به إلا ضمان ذلك الجُرْح، وذلك كما إذا جرح مسلماً، فارتدَّ، وإن كان مضموناً في الحالتين، اعتبر في قَدْر

الضمان الانتهاءُ، وفي القصاص تعتبر الكفاءة في الطرفَيْن والواسطة، وكذلك إذا تبدَّل الحال بين الرمْي والإصابة، اعتبر في القصاص الكفاءة في الطرفَيْن والواسطة، وكذلك يعتبر الطرفان والواسطة في تحمُّل العَقْل، على ما سيأتي بيانه في بابه إن شاء الله تعالى.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: النَّوْعُ الثَّانِي: الْقِصَاصُ فِي الطَّرَفِ وَهُوَ فِي شَرْطِ الْقَطْعِ والقَاطِعِ وَالمَقْطُوعِ كَمَا ذَكَرْنَا فِي شَرْطِ القَطْعِ وَالقَاتِلِ وَالمَقْتُولِ لاَ يُفَارِقُهُ (ح) فِي التَّفَاوُتِ فِي البَدَلِ، وَتُقْطَعُ (ح) يَدُ الرَّجُلِ بِالمَرْأَةِ وَالعَبْدِ بِالحُرِّ، وَلاَ تُقْطَعُ السَّلِيمَةُ بِالشَّلاَّءِ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ نِصْفاً مِنْ صَاحِبِهَا، وَالأَيْدي تُقْطَعُ (ح) بِاليَدِ الْوَاحِدَةِ عِنْدَ الاشْتِرَاكِ فِي جَمِيعِ أَجْزَاءِ القَطْعِ، وَإِنَّمَا تُفَارِقُ النَّفْسَ فِي أَمْرَيْنِ (أَحَدُهُمَا): أَنَّ الأَجْسَامَ لاَ تُضْمَنُ بِالسِّرَايَةِ نَصّاً بِخِلاَفِ الرُّوحِ، وَفِيهِ تَخْرِيجٌ أَنَّهُ كَالرُّوحِ. (الثَّانِي): أَنَّ الجِنَايَةَ يَنْبَغِي أَنْ تَكُونَ قَابِلَةً لِلضَّبْطِ حَتَّى يُسْتَوْفَىٰ مِثْلُهَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قد تبيَّن في أوَّل الكتاب أن القوْل في القِصاص يتعلَّق بطرَفَيْن؛ الوجوب والاستيفاء، وأن القَوْل في الوجُوب في قِصَاص النفس وقصاص الطَّرف، وقدْ حَصَل الفراغُ من النَّوْع الأوَّل، وأما النوعُ الثانِي، وهو قصاص الطَّرَف، فالوجوب فيه يتعلَّق أيضاً بثلاثة أركانٍ، كما في الأول، وهي القطعُ والقاطعُ والمقطُوعُ، وكما يعتبر في القتل أن يكون عمداً محضاً عدواناً، يعتبر في الطرف حتى لا يتعلَّق القصاص بالجراحات، وإبانةُ الأطراف، إذا وقَعَت خطأً أو على سبيل شِبْه العمْد، ومِنْ صور الخطأ أنْ يَقْصِد بالحَجَر جداراً، فيصيب رأسَ إنسان، فيوضحه ومن صور شبْه العمد: أن يضرب رأسَه بلطمة أو بحَجَر لا يشج غالباً لغاية صِغَره، فيتورم الموضع ويتضح العَظْم، وقد يكون الضرب بالعَصَا الخفيفة، والحجر المحدَّد عمْداً في الشِّجَاج؛ لأنَّه يوضح غالباً، ويكون شبْه عَمْدٍ في النفس؛ لأنه لا يَقْتُل[1] غالباً ذكره صاحب «التهذيب» وغيره، ولو أوضحه بما يوضح غالباً، ولا يقتل غالباً، فمات من تلْك الموضحة، فعن الشيخ أبي حامد: أنه يجب القصاصُ في الموضِّحة، ولو مات منها، لم يجب القصاص، واستبعده ابن الصبَّاغ وغيره، لأنه إذا كانت هذه الآلة، توضح في الغالب كانت كالحديدة[2]، وفقأ العين بالأصبع عَمْدٌ؛ لأنها في العين تَعْمَلُ عَمَل السِّلاح.

---

(١) قال في الخادم: أنه في المطلب حكاه عن الأصحاب لكن الماوردي قيده بما إذا مات بغير سراية فلو مات بها وجب القول في النفس أيضاً لحدوث القتل عن جرح يوجب القصاص فوجب أن تكون سرايته موجبة للقصاص أيضاً اعتباراً بموجبها.

(٢) أي والحديدة يجب فيها القود إذا مات قطعاً.

قال في الخادم: ما نقله عن أبي حامد تبع فيه ابن الصباغ وصاحب البحر لكن في تعليق الشيخ=

ويُعْتَبَر في القاطِع أن يكون مكلَّفاً ملتزماً للأحكام، وفي المقْطُوع أن يكون معصوماً، كما ذكرنا في النفس، ومن لا يقتل به الشَّخْص، لا يَقْطع طرفه بطرفه، ومن يقتل به الشخص يقطع طرفه بطرفه، ولا يُشتَرطُ في قصاص الطَّرَف التساوِي في البَدَل، كما لا يشترط في قصاص النفس حتَّى تُقْطَع يدُ العبد بالعَبْد، والرَّجُل بالمرأة، وبالعكْس ويدُ الذميّ بالمسلم دون العكس، والعبد بالحرّ دون العكس.

وقال أبو حنيفة: إنما يجري قصاصُ الطَّرَف بين حُرَّيْن أو حُرَّتَينِ، ولا يَجْرِي بيْن العبْدِ والحُرّ ولا بيْن العبْدَيْن، ولا بين الذكَر والأنثىٰ.

لنا: أن من قُتل بغيره، وجب أن يقطع طرفه بطرفه عند السلامة، كالحرين، ولا يرد على اللَّفظ ما إذا قطَع صاحبُ اليد السليمة يداً شلاَّء أو ناقصةً بأصبع، حيث لا تقطع به، وإن كان لو قتله يُقْتَل به، والمعْنَىٰ فيه أنَّ قِصَاص النَّفْس لصيانة الروح، وقد استويا في الروح، والشَّلل والنقصان لا يخلاَّن فيها، وقصاص الطرف لصيانة الأطراف، وقد تفاوتا في الطرف، وفرق فارقون بأن اليَد الشَّلاَّء ميتة، والحيُّ لا يُؤْخَذ بالميت، كما لا يُقْتَل الحيُّ بحَزّ رقبة الميت، وذُكِرَ على هذا وجهان في أن اليد الشلاء من المذَكَّاة، هل تُؤْكَل، وضعَّف القاضي أبو الطيب وجماعةٌ هذا الفرْق، ومنَعُوا كوْنَ اليد الشلاء ميتة، وقالوا لو كان كذلك، لَتَغَيَّرت، ولكانت نجسة.

وكما يقتِل الجماعة بالواحد، تقطع الأيدي باليد الواحدة، إذا اشتركوا في القطْع؛ بأن وضعوا السكِّين على اليد، وتحامَلُوا عليها دفعةً واحدةً حتى أبانوها، أو أبانوا بضربة واحدةٍ، اجتمعوا عليها، وبهذا قال مالك وأحمد، وقال أبو حنيفة: لا تُقْطَع الأطرافُ بطَرَف واحد.

لنا: القياس على النفس، ويخالف ما لو سرَق رجلانِ نصاباً واحداً، لا يجب القَطْع؛ لأن القطْع في السرقة حق الله تعالى، والحدود مجالُ المساهلات بخلاَف القصاصِ الذي هو حقُّ الآدميّ ولذلك لو سرَقَ نصْفَ نصاب، ثم عاد، فكمل لا يُقْطَع، وها هنا لو أبان اليد بدَفْعَتَيْن، يقطع.

ولو تميَّز فعْل الشركاء؛ بأن كان يقطع هذا من جانب، وهذا من جانب، حتى التقت الحديدتان، أو قطع أحدهما بعْض اليد، وجاء الآخر فقطع الباقي وأبان، فَلاَ

= أبي حامد في أول باب الجنايات يقتضي موافقة بحث ابن الصباغ لا نقله عنه، وذكر بعض المتأخرين أنه ليس في كلام أبي حامد ما نقله عنه وأن الماوردي صرح بخلافه وقال هذا إذا مات في الحال من غير سراية كما في غرز الإبرة فإن مات بالسراية وجب القود وقد وضح أن الفتوى على وفق بحث ابن الصباغ.

قصاص على واحِدٍ منهما، ويجب على كلِّ واحدٍ منهما الحكومةُ على ما يليقُ بجنايته، وينبغي أن يبْلُغ مجموع الحكومتين ديةَ اليد، وعن صاحب «التقريب» حكايةُ قول إنه يقطع من كل واحد منهما بقَدْر ما قَطَعَ إن أمكن[1] ضبْطُه، وذكر الإمام: أن هذا مأخوذٌ من اختلاف يأتي ـ إن شاء الله تعالى ـ في أن القصاص هل يجري في المتلاحمة، وجْه الشَّبَه أن الموضحة يَجْري القصاص فيها كالإبانة، وقطْع بعْضِ اليدِ بعْض الإبانة كما أن المتلاحمة بعْض الموضحة، فليكُنْ حُكْمُه حكْم المتلاحمة، ثم فرق بينهما بأنَّ جلْدة الرأس وما عليه من اللَّحْم، لا اختلاف في أجزائها، وليس فيها أعصابٌ وعروقٌ، فهي جداولُ الدم والعروقُ الرقيقة لا اعتباريها، فيتأتى رعايةُ القصاص ومعظم اليد تشمل على أعصاب ملْتَفَّة وعروق ساكنة وضارية، ويختلف وضعها في الأيدي، فلا يتأتىٰ رعاية التماثل ولو جرا طرفي الحديدة جر المنشاد، فهذا عدَّهُ أكثرُهم منْ صور تمييز الفعْلَيْن، ومَثَّل به القاضي ابن كج صورةَ الاشْتراك المُوجِب للقصاص، ومحلُّ الإشكال ما ذكَر الإمام أن الإمْرَار هكذا يُصَوَّر على وجهين.

أحدهما: أن يتعاونا في كل جَذْبَةٍ وَإِرْسَالَةٍ، فتكون من صور الاشتراك.

والثاني: أن يجذب كل واحد إلى جهة نفْسِهِ، ويفتر عن الإرسال في جهة صاحبه، فيكون البعضُ مقطوعَ هذا، والبعضُ مقطوعَ ذاك، ويكون الجواب على ما قاله الأكثرون، ولا يكاد يجيء فيه ما حكاه صاحب «التقريب» لتعذُّر الضَّبْط.

وقوله في الكتاب: «لا يفارقه في التفاوت في البدل» وقوله: «إذ يقطع» مُعْلَمان بالحاء؛ لما بَيَّنَّا، وقوله: «ولا تُقْطَع السليمة بالشَّلاء» المقصد بذكر المسألة في هذا المَوْضِعَ ما سيأتي، إن شاء الله تعالى، وإنما جَرَى ذكْره هنا؛ لأنها قد تَوَردُ على قوْلنا: إن مَنْ يقتل به الشَّخْص يقطع طرفه على ما بين، وأراد بقوله: «لأنها ليست نصفاً من صاحبها» أنا وإن لم نراع التساوِيَ في البَدَل قدراً ولكن نراعي نسبة تساوي الطرفين إلى الجملَتَيْن، ويعتبر أن يكون طَرَفُ المقْطُوع نصْف جملته، إذا كان طَرَفُ القاطع نصْفَ

(١) وما ذكره عن صاحب التقريب أنه حكاه قولاً تبع فيه البغوي، وقد نازعه ابن الرفعة في الكفاية بأن القاضي الحسين والفوراني حكيا ذلك عن صاحب التقريب ـ يعني في قوله. وقال الإمام أنه أخذه من قول الشافعي في أن القصاص هل يجزىء في المتلاحمة، ثم أخذ يحكي عن الإمام الفرق في الموضعين.

قلت: وليس كما قالوا: قد نص الشافعي في الأم فقال في باب الاجتماع على القطع وإنما يقطع أيديهما معاً إذا حملا شيئاً فضرباه معاً ضربة واحدة أو جزا معاً جزاً فإما أن يقطع هذا يده من أعلاها وهذا يده من أسفلها إلى أعلاها فلا يقطع أيديهما ويجزّ من هذا بقدر ما جز من يده ومن هذا بقدر ما جزه من يده إن كان هذا يستطاع. (قاله في الخادم).

جملته، واليد الشلاء ليست نصفاً من صاحبها بخلاف اليد السليمة، فلِذَلك لم نقطع السليمةَ بها. وقوله: «وإنما تفارق النفس في أمرين» لمّا تبين أن قصاص النفْس والطرَفِ لا يفترقان في اشتراط التّسَاوِي في البَدَل، ولا في استيفاء العَدَد بالواحِد، أراد أن يبيِّن ما يفترقان فيه، فذكر أنهما يفترقان في أمرَيْن.

أحدهما: أن قصاص النفْس يجبُ بسراية الجراحات، وفي الأجسام خلافٌ، وهذا معادٌ على القُرْب، ونشرحُه هناك، ويجوز أن يُعْلَم قوله: «وفيه تخريج» بالواو؛ لما سيأتي وقوله: «كالروح» بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة: لا يجب القصاص بالسِّرَاية في الأجسام، كما هو النص.

والثاني: أن الجنايَة على ما دُونَ النَّفْس ينبغي أن تكون قابلة للضَّبْط؛ ليمكن استيفاء مثله بلا زيادة ولا نقصان، فإن الروح مستبقاة، فلا بُدَّ من الاحتياط، ولك أن تقول، قصاص النفس والطَّرَف لا يفترقان في اشتراط ضبْط الجناية، لكن الجناية على النفْس مضبوطةٌ في نفسها، والجناية على الأعضاء والأطْراف قدْ ينضبط، وقد [لا تنضبط و][1] ذَكَر في «التهذيب» بدل الأمر الثاني شيئاً آخر؛ وهو أن محل الجناية لا يُراعَىٰ في النفْس حتى لو قطع طَرَفَ إنسان، فمات، كان للوليّ أن يحز رقبته، وفي الطرف يراعَىٰ المَحَلُّ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَالجِنَايَاتُ ثلاَثٌ: جُرْحٌ وَإِبَانَةُ طَرَفٍ وَإِزَالَةُ مَنْفَعَةٍ أَمَّا الجُرْحُ فَفِي الْمُوضِّحَةِ الَّتِي تُوَضِّحُ العَظْمَ مِنَ الرَّأْسِ أَوِ الجَبْهَةِ أَوِ الخَدِّ أَوْ قَصَبَةِ الأَنْفِ القِصَاصُ، وَلاَ قِصَاصَ فِيمَا بَعْدَهَا مِنَ الهَاشِمَةِ لِلعَظْمِ، أَوِ المُنَقِّلَةِ لَهُ، أَوِ الآمَّةِ البَالِغَةِ إِلَىٰ أُمِّ الرَّأْسِ، أَوِ الدَّامِغَةِ الخَارِقَةِ لِخَرِيطَةِ الدِّمَاغِ، وَلاَ فِيمَا قَبْلَ المُوضِّحَةِ مِنَ الحَارِصَةِ الَّتِي تَشُقُّ الجِلْدَ، أَوِ الدَّامِيَةِ الَّتِي تُسِيلُ الدَّمَ، وَأَمَّا البَاضِعَةُ الَّتِي بِخَرْقٍ يَبْضَعُ اللَّحْمَ أَوِ المُتَلاَحِمَةُ الَّتِي تَغُوصُ فِي اللَّحْمِ عُرْضاً بَالِغاً فَقَوْلاَنِ لِأَنَّ الضَّبْطَ مُمْكِنٌ عَلَىٰ عُسْرٍ وَذَلِكَ بِالنِّسْبَةِ، فَإِذَا قَطَعَ نِصْفَ لَحْمِهِ إِلَىٰ العَظْمِ قَطَعْنَا نِصْفَ اللَّحْمِ إِلَىٰ العَظْمِ، فَإِنْ شَقَّ مَارِنَهُ أَوْ أُذُنَهُ فَقَوْلاَنِ مُرَتَّبَانِ وَأَوْلَىٰ بِالوُجُوبِ لِأَنَّ ضَبْطَهُ أَيْسَرُ، وَلَوْ قَطَعَ بَعْضَ كُوعِهِ فَقَوْلاَنِ مُرَتَّبَانِ وَأَوْلَىٰ بِأَنْ لاَ يَجِبَ لِأَنَّ العُرُوقَ وَالأَعْصَابَ مُخْتَلِفَةُ الوَضْعِ فِيهِ، وَأَمَّا المُوضِّحَةُ عَلَىٰ الصَّدْرِ وَسَائِرِ البَدَنِ فَلاَ تَتَقَدَّرُ دِيَتُهَا وَلَكِنْ يَجْرِي القِصَاصُ فِيهَا عَلَىٰ أَقْيَسِ الوَجْهَيْنِ لِإِمْكَانِ الضَّبْطِ.

---

(١) سقط في: ز.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الجناياتُ فيما دون النفْسِ ثلاثةُ أنواعٍ، جَرْحٌ يَشُقُّ، وقَطْعٌ يُبين وإزَالَةُ مَنْفَعَةٍ بِلاَ شَقٍّ ولا إبَانَةٍ.

النوع الأوَّل: الجراحاتُ ويتعلَّق بها القصاص في الجمْلة قال الله تعالى: ﴿**والجُرُوحَ قِصَاصٌ**﴾ [**المائدة ـ ٤٥**] ثم هي تنقَسِم إلى واقعَةٍ في الرأس والوجه وإلى غيرها، والتي تقَعُ في الرَّأْس والوَجْه تسمى الشِّجَاج، والمشْهُور منْها عَشَرَة.

أحدها: الحَارِصَة، فهي الَّتِي تشق الجلْدَ قليلاً نحو الخَدْش، وتسمى الحَرْصَة أيضاً، يقال حَرَصَ القصَّاص الثوْبَ، إذا خدَشَه، وشَقَّه بالمُدُق وعن الأزهري: إذا قصره، ونحى عنه الدَّرَن، كأنه قشره عنه، وقد يوجد في تفسير الحارصة أن لا يدمي المَوْضع، والثانية: الدامية، وهي التي تدمي موضِعَها مِنَ الشقِّ والخدْشِ، وذكر الإمام وصاحب الكتاب في تفسيرها سَيْلاَنَ الدَّم، وهو خلاف ما حُكِيَ عن لَفْظِ الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ واشْتَهَرَ في اللغة، أما لفْظ الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ فقد حكَىٰ القاضي الرويانيُّ أنَّه قال: الدامية هي التي تدمى، ولا يقطر منْها شيْءٌ، وأما أهلُ اللغة، فقد ذكروا أن الدامية الَّتي يظهر دمها ولا يسيل، فإن سَالَ، فهي الدامعة بالعين المهملة من قولهم دمعت العين تدمع دمعاً.

والثالثة: الباضِعَة، وهي التي تبضع اللحْمَ بعْدَ الجلْد، أي تَقْطَعه، يقال: بَضَعَ اللَّحْمَ وَبَضَعَه ومنه البضع والبضعة القِطْعَة.

والرابعة: المُتَلاَحِمَة، وهي التي تغوص في اللحْم وتغور، ولا تبلغ الجلْدة بين اللحم والعظم، وقد تُسمَّىٰ اللاَّحِمَة.

الخامسة: السِّمْحَاقُ، وهي التي تبْلُغ تلك الجلْدةَ، ويقال لتلك الجلدة السِّمْحَاق، وكل جلدةٍ رقيقةٍ فهِيَ سِمْحَاقٌ، وقد تسمَّىٰ هذه الشَّجَّة ثم الملطي والملطاة واللاطئة.

السادسة: المُوَضِّحَةُ، وهي التي تخرق السِّمْحَاق وتوضِّح العظْمَ وتُبْدِي وضحة، والوَضَح الضوء والبياض.

السابعة: الهاشمةُ، وهي التي تهشم العظْم، أي تكسره، ويقال للنبات المتكسر: هَشِيم.

الثامنة: المُنَقِّلَة، وهي التي تُنَقِّل العظْمَ مِنْ موضع إلى موضع، ويقال: هي التي تُكَسِّرُ وتُنَقِّل، ويقال: هي التي تكسر العظم، حتى يَخرج منها فراش العظم، والفراشة كل عظْمٍ رقيق وفراش الرأس عظامٌ رقاقٌ تَلي القحف.

التاسعة: المأْمُومَةُ، وهي التي تبلغ أُمَّ الرأس، وهي خريطةُ الدماغ المحيطة به،

ويقال لها: الآمَّة أيضاً[١].

العاشرة: الدَّامِغَة، وهي التي تخرق الخريطة، وتصل إلى الدِّمَاغ، وهي مذفِّفة، فهذه العشرة هي المشهُورة. وفي الكتاب ذِكْرُ جميعها سوى السِّمْحَاق، وتترتَّب هي على الترتيب المذكور، وعن «الأُمِّ» تقديمُ المتلاحمة على البَاضِعَة، وتفسير كلِّ ولدٍ بما سبق في تفسير الآخر، والمعنى لا يختلف، ويذكر في الشِّجَاج الجالفة، وعن إبراهيم الحربيِّ: أنها الأَوْلَىٰ من الشِّجَاج، والحارصة تَليها، والأكثرون عكَسُوا، وقالوا: إنها تلي الحارصة، وهي التي تقشر الجلْد مع اللحم من قولهم: «جلفه الدهر» أي أتى على ماله واستأصله، وعلى هذا، فلا تخرج هي عن الشِّجَاج المذكورة؛ لأنها إن قطعت قليلاً من اللحْم، كانَتْ باضعةً وإن غاصت، كانت متلاحمةً، وإن استوعَبَتْه قطْعاً، فهي السِّمْحاق، أو ما بعدها، ويُذْكَر فيه الشجاج المفرشة هي التي تصدع العظم، أي تشقه ولا تكسره، وقد يقال: المقرشة بالقاف، والقاشرة، وهي الحارصة بعَيْنها، والدامعة على ما قدَّمناه، ويجوز أن يُضَاف إلى العشر الجالفة وتجعل بين الحارصة والدَّامية؛ لأنها أَخْفَىٰ من الحارصة، ولكن لا تدْمَىٰ الموضِعُ منها، والدامعةُ، وهي بين الدامية والباضعة، والمفرشة وهي بيْن الموضِّحة والهاشمة ولذلك فعل صاحِبُ «المجمل» في جزء صنفه في الشجاج، وجميع هذه الشِّجَاج تُفْرَضُ في الجبهة، كما تفرض في الرأس، وكذلك يُتصوَّر ما سوى المأمومة والدامعة في الخدِّ وقصبة الأنف، واللحْي، الأَسْفل، إذا عرفْتَ ذلك، فيجب القصاصُ منها في الموضِّحة لتيسير ضبطها واستيفاء مثلها، ولا قصاصَ فيما بعد الموضِّحة: من الهاشمة والمنقلة والمأمومة؛ لأنه لا يُؤْمَنُ الزيادة والنُّقْصَان في طُول الجراحة وعَرْضِها، ولا يوثق باستيفاء المثل؛ ولذلك لا نُوجِب القصاصَ في كسْر العظامِ على ما سيأتي ـ إن شاء الله تعالى ـ وأمَّا ما قبلها، فظاهِرُ لَفْظِ «المختصر» وجوبُ القصاصِ في الباضِعة والمتلاحمة، والنَّصُّ في رواية الربيع وحَرْمَلة منْعُه، واختلف الأصحابُ فيهما على طريقين أقربهما إثبات قولَيْنِ في المسألة.

وجه المنع: أنه لا يُمْكِن رعايةُ المماثلة، فإنَّا لو ذهبْنا نَقْطَع من الشاجِّ بقدر ما قطع من المشجوج لم تأمَنْ أن نوضِّح من مقابلة المتلاحِمَة؛ لغلظ جلْد المَشْجُوج، وكثرة لحمه، ورقة جلد الشاجِّ وقلة لحمه، ولو راعَيْنا نسبة المقْطُوع إلى جملة سُمْك الجلد واللَّحْم حاولنا أن نعرف أنه النصْف أو الثلث، ولم نتمكَّن من معرفته، واللَّحْم باقٍ بعضه والعظم مستترٌ به.

---

(١) أي بالمد وتشديد الميم كذا ضبطه في التحرير وما ذكره من أن الآمة والمأمومة واحد خلاف ما نص عليه الشافعي في الأم فإنه ذكر المأمومة وواجبها ثم قال: والآمة التي تخرق عظم الرأس حتى تصل إلى الدماغ.

ووجه الوجوبِ: إمكان الوقوفِ على نسبه المقْطُوع إلى الجُمْلةِ، وصَوَّر الشَّيْخ أبو حامِدٍ ذلك فيما إذا كان علَىٰ رأسٍ كلِّ واحدٍ من الشاجِّ والمشجوج موضِّحَةٌ قريبةٌ من موضع الشجة، فيُنْظر في موضِّحة المشجوج ونقيس بها الشجة التي نريد القصاصَ فيها، أهِيَ نصفها أو ثلثها، فإذا عَرَفْنا ذلك نَظَرْنا في موضِّحَةِ الشاجِّ، واستوفَيْنا مثْل نصْفها أو ثلثها.

قال الإمام: ويمكِنُ ذلك إذا كانت الموضِّحتان طريَّتَيْنِ أما إذا عتقتا وأخذنا في الالتأم، لم يتأتَّ الضبط، ثم اختلف المثبتون للقولَيْن؛ فخصَّص أكثرهم قول الوجوب بالتصوير الذي صوَّره أبو حامد، ولم يذكروا فيما إذا لم يُمْكِن الضبط؛ أنه يقتص في القَدْر المستيقَنِ، كما قالوا: إنه يعتبر أَرْش ما دون الموضِّحة من الشجاج بالموضِّحة، ويُقدَّر بها إذا كانت هناك موضِّحة، وعند الشكِّ، يجب القدْر المستيقَنُ وذكر الإمام في القصاص مثل ذلك، فقال: إذا لم يُمْكِن معرفة النسبة أجرَيْنا القصاصَ في القدْر المستيقَنِ، وكفَفْنا عن محلِّ الإشكال، وهذا ذَهَاب إلى تعميم القولَيْن، وقد حكاه أبو بكر الطوسيُّ عن بعض الأصحاب، ثم الأظْهَر من القولَيْن عند الأكثرين أنَّه لا قصاص، وعن اختيار القفَّال والشيخ أبي محمَّد وجوبُه عند الإمكان.

والطريق الثاني: امتنع كثير من الأصحاب من إثبات القولَيْن ثم تحزَّبوا، فقطعَ قاطِعُونَ بأنَّه لا يجبُ القصاص ونَسَبُوا المزنيَّ إلى السَّهْو، وعن الماسرجسي أنه كان الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ يُعَلِّق القول في المسألة، ويقول بوجوب القصاص، إن أمكن، ثم بان له أنه لا إمكانَ، فقَطَع القول بالمنع، وفيما علِّق عن أبي بكر الطوسيِّ أن بعض الأصحاب ترك النصَّيْن على حالَتَي الإمكان وعدمه والخلافُ المذكورُ في الباضعة والمتلاحمة جَارٍ في السِّمْحَاق، وكذلك ذكره الإمام والقاضي الرويانيُّ وغيرهما، ولِجَازِمٍ أن يجزمَ بالوجُوب، إن كانَتِ الجلدة بين اللحم والعَظْم المسمَّاة بالسِّمْحَاق متميزةً، يَقِفُ أهل الخبرة عليها، ويمكن إنهاء القطع إليها بلا مجاوزةٍ كما في الموضِّحة، وحكى الإمام في الحَارِصَةِ القَطْع[1] بأنه لا قصاص؛ لأنه لا وقع لها، ولا يفُوتُ بها شيْء، وأن الشيخ أبا محمَّد تردَّد في الدامية، وأن مَيْل القفَّال إلى تنزيلها منزلَةَ الحارصة، وفي وجوب القصاص يُقْطَعُ بعض المارن والأذن من غير إبانة، اختلافُه قول رُتِّب على الخلاف في الباضعة والمتلاحمة، والظاهرُ الوجوبُ، لإحاطة الهواء بهما وإمكان الاطلاع عليهما من الجانبيْن، ويُقدَّر المقطوعُ بالجزئية كالثلُث والنصْف، ويستوفَىٰ من الجاني مثلُه، ولا يُنْظر إلى مساحة المقطوع، وقد تختلِف الأذنان صغراً وكبراً، ولو قطع بعْضَ الكُوع أو مفْصَل الساق والقَدَم، ولم يبين، فقد حُكِيَ فيه قولان

(١) وكذلك صرح في دقائق المنهاج فقال: لا قصاص فيها قطعاً وإنما الخلاف في غيرها. وهذا شيء حكاه الرافعي عن جزم الإمام وجرى عليه في الشرح الصغير لكن الخلاف ثابت.

مرتَّبان، وهو أولَىٰ بعدم وجوب القصاص، وهو الظاهر؛ لأنَّها مجمع العروق والأعصاب وهي مختلفة الوضع، تسَفُّلاً وتصعُّداً، وقد يؤثر في أوضاعها العبالة والنحافة، فلا يوثق باستيفاء المِثْل بخلاف المارن والأذن، فإنَّهما من جنْسٍ واحدٍ.

هذا حكم القصاص في الشِّجَاج. والقول فيما يجب فيها مِنْ أرْشٍ أو حكومةٍ سيأتي ـ إن شاء الله تعالى ـ في «الديات»، وأما الجراحات على سائر البَدن، فما لا قصاص فيه، إذا كان على الرأس والوجْه، لا قصاصَ فيه إذا كان علَىٰ غيرهما، وأما الموضِّحة التي فيها القصاص، إذا وقَع مثلُها في سائر البدن، كما إذا أوضحت الجراحةُ عظْمَ الصدر أو العنق أو الساعد أو الأصابع، ففي وجوب القصاص وجهان:

أحدهما: لا يجب، كما لا يجب فيه أرْشٌ مقدَّر وهذا؛ لأن الخَطَر في الجراحة على الرأس والوجْه أعظمُ والشَّيْن الحاصل بهما أقبح.

وأصحُّهما: الوجوب لتيسر استيفاء المثل، وهذا ظاهر النصِّ، ولا يعتبر القصاص بالأَرْش؛ ألا ترى أن الإصبع الزائدة تقتص بمثْلِها، وليس لها أرْشٌ مُقدَّرٌ، وكذلك الساعدُ بلا كفٍّ وعلى عكسه الجائفة لها أرش مقدَّر، ولا قصاص فيها، وإذا اختصرت، وأجيبت في الجراحات بما هُوَ الظَّاهر، قُلْت: يجب القصاصُ في الجراحة علَىٰ أيِّ موْضِعٍ كانَتْ بشرط أن تنتهي إلى العَظْم ولا تكسره، وأما لفظ الكتاب، فقوله: «ففي الموضِّحة التي توضِّح العظْمَ إلى آخره ليس الغرض من قوله: «التي توضِّح العَظْمَ تقييد الموضحة أو وصفها وهي التي كذا وكذا وكذا، الحال فيما ذكر في الآمة والدامعة وفي الحارصة والدَّامية. وقوله: «مِنَ الهاشِمة للعَظْم أو المنقِّلة أو الآمَّة» لو أدخل فيها «الواو» بدل «أو» لحصل الغَرَض.

وقوله: «أو الدَّامغَةُ الخَارِقَةُ لِخَرِيطَةِ الدِّمَاغ» يعني لا قصاص في عينها، ويتعلَّق بها قصاص النفْس أو كمال الدية؛ لما ذكرنا أنها منفعة ويجوز أن يُعْلَم قوله: «أو الدامية» بالواو لما حكينا من تردُّد الشيخ أبي محمَّد.

وقوله: «التي تسيل الدم» أيضاً لما مر أنَّهم شرَطُوا في الدامية ألاَّ يسيلَ الدمُ، وقوله في الباضعة والمتلاحمة «فقولان»، يجوز أن يُعْلَم بالواو؛ للطريقة القاطعة بالمَنْع، والمنزلة للنص على الحَالَتَيْنِ.

وقوله: «فإذَا قطَع نصْفَ لحمه إلى العَظْم، قطَعْنا نصف اللحم إلى العظم» يعني إذا كان [على رأس][1] كل واحد من الشَّاجِّ والمشجوج موضِّحة يتيسَّر معْرفة النسبة

---

(١) في أ: برأس.

بهما، إن خصَّصنا القولين بتلك الصورة، وإن عمَّمنا هنا، وهو قضية لفظ الكتاب، فيمكن أن يقال: يُرَاجَع أهل الخبرة، لِيَنْظُروا في المقْطُوع، والباقي ويَحْكُموا بأنه نصْف أو ثلث بالاجتهاد بغد غمر رأس الشاج والمشجوج، ويحكمون عند القصاص أيضاً، ويُعْمَلُ بموجبِ اجتهادِهم، فإن شكُوا في أن المقْطوع نصْفٌ أو ثلثٌ أخذْنا باليقين، وهذا شيْء كان يعرض في الخاطر مدَّةً ثم رأيته مسْطُوراً في «أمالي» الشيخ أبي الفرج الزاز.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **وَأَمَّا الأَطْرَافُ فَيَجِبُ القِصَاصُ فِي جَمِيعِ المَفَاصِلِ إِلاَّ فِي أَصْلِ ٱلْمَنْكِبِ وَالفَخِذِ إِذَا لَمْ يُمْكِنْ إِلاَّ بِإِجَافَةٍ، وَقِيلَ: إِنَّهُ لاَ يَجِبُ لِأَنَّ أَصْلَ الإِجَافَةِ غَيْرُ مَقْصُودَةٍ، وَفِي مَعْنَىٰ المَفَاصِلِ أَبْعَاضُ المَارِنِ وَالأُذُنِ وَالأُنْثَيَيْنِ وَالذَّكَرِ والأَجْفَانِ وَالشَّفَتَيْنِ وَالشَّفْرَيْنِ لِأَنَّهُ يَقْبَلُ التَّقْدِيرَ، وَلاَ قِصَاصَ فِي فَلْقَةٍ مِنَ الفَخِذِ لِأَنَّ سُمْكَهُ لاَ يَنْضَبِطُ، وَالعَجْزُ بَيْنَ ٱنْبِسَاطِ الفَخِذِ وَنُتُوءِ الذَّكَرِ فِيهِ تَرَدُّدٌ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وأما الأطْرَافُ فيجب القصاصُ في الأطْراف على ما قَالَ اللَّهُ تعالى: **﴿وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ﴾ [المائدة ـ ٤٥]** الآية، وقال رسول الله ﷺ في خبر الربيع بنت النَّضر المذكورة في أوَّل الكتاب: «كِتَابُ اللَّهِ القَصَاصُ» والشرط أن يمكن رعاية المماثلة، ويُؤمَن استيفاء الزيادة، وذلك بطريقين.

أحدهما: أن يكون للعضْو مفصلٌ توضَع الحديدة علَيْه، ويُبَان والمفصل موْضِع اتصال عُضْو بعضو[1] على منْقَطع عظمين برباطَاتٍ واصلة، وقد يكون ذلك على سبيل المُجَاورة المحْضَة، وقد يكون معَ دَخُول عضْوٍ في عضوٍ كما في المَرْفِق والرُّكْبَة، فمن المفاصل الأنامل والكُوع والمِرْفَق ومَفْصل القَدَم والركبة، وإذا وقع القطْع على بعضها اقتصَّ من الجاني.

قال الإمام: وفي بعض التعاليق عن شيْخِي وجْهٌ بعيدٌ في المرفق والرُّكْبة، وكان سببه أنَّه لا يؤمن من الزيادة؛ لدُخول عَظْم في عَظْم، قال: وهذا أحسبه غلطاً من المُعلِّق، ومن المفاصل أصْل الفخذ والمَنْكِب، فإذا لم يجف الجاني، وأمكن القصاص من غَيْر إجافة اقتص، وإذا لم يمكن القصاص إلا بالإجافة، لم يقتص؛ لأن الجوائف لا تنضبط[2] ضيقاً وسعةً وتأثيراً ونكايةً؛ ولذلك لم يَجْرِ القصاصُ فيها هذا هو المشهور،

---

(١) بفتح الميم وكسر الصاد. قال ابن الصلاح: ومن قاله بكسر الميم وفتح الصاد فقد أحال المعنى فإنه هكذا عبارة عن اللسان.

(٢) قضيته أنه لا خلاف فيما إذا لم يجف لكن وقع في بعض نسخ الوجيز إجراء الخلاف وإن لم يكن الجاني قد أجاف فإنه قال: يجب القصاص في جميع المفاصل إلا في أصل المنكب والفخذ إذ لا يمكن إلا بالإجافة وقيل إنه يجب لأن الإجافة غير مقصودة. انتهى قاله الزركشي في خادمه.

ولم يُفرِّقوا فيما إذا لم يُمْكِنِ القصاصُ إلا بالإجافة، بين أن يكون الجاني قد أجاف أو لم يُجِفْ.

وحكى الإمام وجْهاً أنه يجري القصاصُ إذا كان الجاني قد أجاف، وقال أهل البصر: يمكن أن يقطع العُضْو، ويجاف مثل تلْك الجائفة، ووجهه بأن الجائفة ها هنا تابعةٌ غير مقصودةٍ، وبأنه إذا كان المقْصُود إبانةَ اليد، لم يكن للحديدة عوَضٌ في الباطن، ولا يختلف التأثير والنكاية ونسب هذا الوجه إلى رواية الصيدلاني وغيره، والمشْهُور إلى الشيخ أبي محمَّد والتفصيل بين أن يمكن القصاص من غير إجافَةٍ، وبين أن لا يمكن بالإجافة منْهُم مَنْ أطلقه في القطع منْ أصْل المنكب أو الفخذ ومنهم من أطلق جَرَيَانَ القِصَاصِ، فيما إذا قطَعَ مِنْ أصْل الفخذ أو المنكب، وخصَّص التفصيل بما إذا قلع مع قطع اليد عَظْمَ المنكب الذي يقال له «المشط» وهكذا فعل ابن الصَّبَّاغ.

والثاني: أن يكون للعضْو حدٌّ مضبوطٌ ينقاد لآلة القطع والإبانة كالعين يَجِب في فَقْئها القصاص، ويجري القِصَاص في الأذن والجَفْن والمارن والشَّفَة واللسان والذَّكَر والأنثيَيْنِ، لأن لها نهاياتٍ مضبوطةً، وإن لم يكنْ مفصلٌ منقطع عظم وفي اللسان وجه عن أبي إسحاق أنَّه لا قصاصَ، ونقل مثله عن أصحاب أبي حنيفة؛ لأنه لا يمكن استيفاؤه إلا بقَطْع غيره، وفي الشَّفَةِ وجه عن الشيخ أبي حَامِدٍ، وفي الشَّفْرَيْن والألْيَتَيْنِ وجْهَان من الخلاف المذكور في الشَّفَة واللسان، لكن الخلاف فيهما أشهر وأظهر، والعراقيون كالشيخ أبي حامد ومن تابعه جَزَموا بأنَّه لا قصاص في الشُّفْرَيْنِ، وعن المزنيِّ المَنْع في الأليتين وادعى الإمام اتفاق الأصحابِ عَلَيْه في الدِّيَات، لكن الظاهر فيهما جميعاً على ما ذكره صاحب «التهذيب» والأئمة وجوب القصاص، وحكَىٰ ذلك عن نصِّه في «الأم» في الشفتين والشُّفْرَيْنِ وبه قال القفَّال، ولا يجب القِصَاص في إطار الشفة [وهو المحيط بها] لأنه ليس له حَدٌّ مقدَّرٌ[1] والكلام في قدْر الشفتَيْن والشُّفْرَيْن والأليتين سيأتي في الديات ـ إن شاء الله تعالى ـ.

ولو قطع فلقةً من الأذن أو المارن أو الشفة واللسان أو الحَشَفة، [وأبانها] وجَبَ القصاص، ويكون الضبط بالجزئية، لا بالمساحة والمقدار، وعن أبي إسحاق المروزيِّ فيما حكاه صاحب «التهذيب» وغيره: أنه لا يجبُ؛ لأنه لا تؤْمَنُ الزيادة والنقصان، ولا يتحقَّق النسبة بخلاف ما إذا استوعَبَ العضْو وهذا قريب من الخلاف فيما إذا قَطع بعْض الأذن أو المارن ولم يبنه ولو قطع فلقةً من الفخذ، فالجواب في الكتاب: أنه لا يجب

---

(١) قال في القوت: الصواب إطار استه وهو الدبر كذا قاله الإمام إثر قوله ويجب في السفرين ونقل الرافعي الفصل عنه.

القصاصُ؛ لأن سُمْكَه لا ينضبط ويشبه أن يجْيءَ فيه الخلافُ المذكورُ في الباضعة والمتلاحمة، إذا أوجبْنا القصاصَ في إيضاح العَظْم على سائر البَدَن.

وقوله في الكتاب: «إلا في أصْلِ المَنْكِب والفَخِذ؛ إذْ لا يُمْكِنُ إلا بإجافة» كذلك هو في بعض النسخ، وفي بعْضها «إذ لم يمكن إلا بإجافة»، وهو أحسن وأوفق؛ لما قدَّمناه.

وقوله: «وفي معنى المفاصل أبعاض المارن والأذن [إلى آخرها يجوز أن يكون معناه الأبعاض والأجزاء التي هي المَارِنُ والأُذُن، وكذا][1] يجوز أن يُريدَ ما إذا قطع البعض منْ عُضْو من هذه الأعضاء وترتبط كل واحدة من الصورتين بالأخرى، فإنَّ ما يجري القصاصُ فيه من هذه الأعضاء يَجْرِي في بعْضه على الظاهر؛ لإمكان تقديره بالكُلِّ والمحمل الأول أوْلَىٰ وألْيَق بسياق الكلام، والثاني أقْرَبُ إلَىٰ لفظه في «الوسيط» فإنه قال على الأثر: ولا قصاص في فَلْقة من الفَخِذ، وإذا حمل على الثاني، فيجوز أن يُعْلَم قوله: «وفي معنى المفاصل أبعاض المارن والأذن» للخلاف المنقول المذْكُور عن أبي إسحاق، وإن حُمِلَ على الأوَّل فيُعْلَم «الشفتان والشُّفْرَان» لا غير.

وقوله: «والعَجُزُ بين انبساط الفَخِذ ونُتُوِّ الذَّكَرِ» يعني أن العَجُز مِنْ حيث إنَّه منبسطٌ يشبه الفخِذَ، فلا يكون فيه قصاص، ومن حيث إنَّه ناتٍ بعض النتو يشبه الذَّكَر، فيجري فيه القصاص، فكان على وجهَيْن، وهذا حكاية الخلافِ الذي سَبَق في الألْيَة، ويُمْكن أن يريدَ ما إذا قَطَع فلقةً من العجز، وعلى التقديرين فتخصيصه بذِكْرِ الخلاف فيه كان سبَبُه ما قدَّمناه أن الخلاف في الألْيَة أظْهَرُ؛ ولذلك ذكر الإمام الخلافَ في الألْيَة، ولم يَذْكُرْ في المارن وغيره.

فَرْعٌ: إذا قطع يد إنسان أو عضواً آخر، وبقي المقطوع متعلقاً بجلدة، وجب القصاص أو كمال الدية؛ لأنه قد بَطَل العضْو وفائدته، وأمكَنَ استيفاءُ مثل الجناية مِنَ الجانِي، ولا يَجِيْءُ فيه الخلافُ الذي سبَقَ فيما إذا قَطَع بعْض الكوع دون بعض، ثم إذا قطَعْنا يد الجاني حتى انتهى القَطْع إلى تلْك الجلدة فقد حصل الاقتصاص ويُراجَعُ [الجاني] أهلُ الخبرة في تلْك الجلدة، ويفعل ما فيه النَّظَر له من القَطْع والتَّرْك.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلاَ قِصَاصَ فِي كَسْرِ العِظَامِ لَكِنْ يُقْطَعُ (ح) أَقْرَبُ المَفْصَلِ إِلَيْهِ مَعَ حُكُومَةِ البَقِيَّةِ، وَلَوْ أَوْضَحَ رَأْسَهُ مَعَ الهَشْمِ فَالقِصَاصُ (ح) فِي الْمُوضِّحَةِ، وَالأَرْشُ فِي الهَشْمِ، وَلَوْ قَطَعَ مِنَ المِرْفَقِ لَمْ يَجُزْ لَهُ (و) القَطْعُ مِنَ الكُوعِ، وَلَوْ كَسرَ عَظْمَ العَضُدِ فَفِيْ القَطْعِ مِنَ الكُوعِ مَعَ تَرْكِ أَرْشِ السَّاعِدِ وَجْهَانِ، وَإِذَا سَقَطَ أَرْشُ السَّاعِدِ فَفِي أَرْشِ

(١) سقط من: ز.

بَقِيَّةِ العَضُدِ عِند عُدُولِهِ إِلَىٰ الكُوعِ عُدْوَاناً وَجْهَانِ، وَلَوْ عَدَلَ إِلَىٰ لَقْطِ الأَصَابِعِ مَعَ القُدْرَةِ عَلَىٰ الكُوعِ لَمْ يَجُزْ لِتَعَدُّدِ الجِرَاحَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لا يجري القصاصُ في كسْر العظَام؛ لأنه لا وثُوقَ فيه باستيفاء[1] المِثْل، ولكن للمجنيِّ عليه أن يقطع أقرب مَفْصِلٍ إلى مَوْضِع الكسْر، ويأخذ الحكومةَ للباقي، وله أن يعفو ويعْدِل إلى المال، وعند أبي حنيفة لا يُجْمَع بين القطع والمال، فيسقط القصاص ويجب المال.

ولو أوضَحَ رأسَهُ مع الهشم، فله أن يقتص في الموضِّحة، ويأخذ للهَشْم ما بين أرْشِ الموضِّحة والهاشمة، وهو خَمْسٌ من الإبل ولو أَوْضَح ونقل فللمَجْنِيِّ عليه أن يقتصَّ في الموضِّحة، ويأخُذَ ما بين أرْش الموضِّحة والمُنَقِّلَة، وهو عَشْرٌ من الإبل، ولو أوضَحَ وأَمَّ، فله أن يُوضِح، ويأخذَ ما بين أرشِ الموضِّحة والمأمومة، وهو ثمانية وعشرون [بعيراً] وثلُثُ [بعير]، فإن في المأمون ثلُثَ الدية، وخلاف أبي حنيفة عائد في هذه الصور، ثم في الفصل صور:

إحْدَاها: لو قطع يده من الكوع، فأراد المجنيُّ عليه أن يلقط أصابعه، لم يمكن؛ لأنَّه قَدَر على وضع الحديدة على محَلِّ الجناية، ومهْما أمكَنَ رعايةُ المماثلة، لا يعدل عنها، فلو بادَرَ إليه، عزر ولا غُرْم عليه، [لأنه يستحق][2] إتلاف الجملة، فلا يلزمه بإتلاف البَعْض غُرْمٌ، كما أن مستحِقَّ القصاص في النفس، لو قطعَ طرفاً من الجاني لا يلزمه غُرْمٌ، قال صاحبُ «التهذيب»: وهل له أن يَعُودَ، ويقطع الكفَّ؟ فيه وجهان:

أصحُّهما: نعم، كما أن مستحِقَّ النفس لو قطع يد الجانِي له أن يعُود ويحزَّ رقبته، ولو ترَكَ قطْع الكف، وطلَب حكومتها لم يجب؛ لأن حكومة الكفِّ تدخل في دية الأصَابع، وقد استوفى الأصابعَ المقابلةَ للدية، فأشبه ما إذا قطَع مستحقُّ القصاص في النفس يَدَيِ الجانِي له أن يعود فيحز رقبته، ولو عفا، وطلب الديةَ لا يُجَابُ؛ لأنه قد استوفى [ها] هنا ما يقابِلُ الدية، وهذه قواعدُ سَنتكلَّم فيها فيما بعد، ولو قطَع يده من المرفق، فأراد أن يَقْطَع من الكوع، ويأخذ أرْشَ الساعد، أَوْ لا يأخذ، لم يُمْكِنْ لمَا فيه من العدول عن محَلِّ الجناية، مع القدرة عليه، بل لو أراد أن يقْطَع منه أصبعاً واحدةً، وقنع بها قصاصاً ومالاً لا يُمَكَّنُ منه، وفي «أمالي» أبي الفرج الزاز: أن له أن ينزل من مَفْصِلٍ إلى مَفْصِلٍ دونه، فإنه كالمسامَحَة وترك بعض الحق، والظاهِرُ الأول،

---

(١) وهو في هذا الإطلاق متبع للجمهور، وقضية هذا التعليل أنه إذا وثق بإمكانه كما لو نشر العظم وجوفه وعليه يدل قول الشافعي في الأم.

(٢) في أ: لا يستحق.

ولو خالَفَنا، وقطَعَ من الكوع فيعزر، ولا غُرْم عليه؛ لما تَقدَّم، ولو أراد بعْد ذلك أن يقْطَع من المرفق، وقال: كنتُ أستحق ذلك، فمكِّنُوني منه، قال الإمام: لا نسعِفُه بذلك أصلاً، وجعله صاحب «التهذيب» على وجهَيْنِ، ولا بد من التسوية بين الصورتَيْنِ، ولو طلب حكومَةِ الساعِدِ، فالذي نقله الإمام عن الأصحاب: أنا لا نثبتها له ونقول: إنك بقطعك من الكُوع، تَرَكْتَ بعْض حقك، وقنعْتَ ببعضه، وكذلك نقل صاحب «التهذيب» ثم قال: وعندي له حكومةُ الساعِد؛ لأن الساعد تُفْرَدُ بالحكومة، بخلاف الكفِّ تدخل حكومتها في الأصابع.

الثانية: لو كسر عظْم العضُدِ، وأبان اليد منه، فللمجنيِّ عليه أن يقطع من المِرْفَق، ويأخذ حكومةً لما بَقِيَ من العضُدِ، وإن عفا فَلَهُ الديةُ للكف وحكومةُ الساعد، وأخرى لما بقي من العضُدِ، ولو أراد أن يترك المرفق، ويقطع من الكوع، فهل يُمَكَّن؟ حَكَىٰ الإمام وصاحب «التهذيب» فيه وجهين:

أحدهما: لا؛ لأنه أمكنه وضعُ الحديدة على الموضعِ الذي هو أقرب إلى محلِّ الجناية، فلا ينزل عنه، كما لو أَمْكَنَ وضع الحديدة على محلِّ الجناية لا ينزل عنه.

والثاني: يجوز؛ لأنه عاجزٌ عن القطْع في محلِّ الجناية، وهو بالعدول إلى الكوع تاركٌ بعْضَ حقِّه، فلا يمنع منه وفي «التهذيب» ترجيح هذا الوجه، وإيراد الرويانيِّ وغيره يُشْعر بترجيح[1] الأول، ولو أراد لفظ الأصابع، لم يمكن، وَوَجَّهَهُ بأن فيه تعديد الجراحة، وذلك عظيمُ الموقِعِ فإن اقتصر على أصبع واحدةٍ، فالقياس أنه على الوَجهَيْنِ في قطع الكُوعِ، فإذا قلْنا: إنه ليس له أن يقْطَع من الكوع، فلو قطع، ثم أراد القطع من المرفق، لم يمكن، ولم يجيء فيه الوجهان المذكوران فيما إذا كان الجاني قد قَطَع من المِرْفَق، واستوفى المجنيُّ عليه من الكوع، وفرق بأن هناك أمكَنَهُ وضع السِّكِّين على محَلِّ الجناية، وها هنا لا يُمكن وجوزْنا قطْع ما دونه للضرورة، فإذا قطَعْنا مرَّةً، لم نكرِّرْه، وليس له حكومةُ الساعد أيضاً؛ لأنه كان يمكنه استيفاؤه، وقد منَعْناه ممَّا فعَل فخالَفَنا، وإن جوَّزنا له القطْع من الكُوع، فقَطَع، هل له حكومة الساعِدِ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن القطْع من الكوع مع القدرة على القطْع من المرفق اكتفاءً به وإقامةٌ له مُقَامَ القطع من المرفق، وعن القفَّال: أنه استشهد لذلك بما إذا التمست الثيِّبُ الجديدةُ أن يقيم عندها سبْعاً، فأجابها، فإنَّه يقضي جميع السَّبْع للباقيات، ووَجْه الشبه أن البُعْد عن الحدِّ المستَحقِّ، وهو الثلاث أوجب بطلان الحق هناك، فكذلك ها هنا

---

(١) وقضية حكاية الخلاف في الأصبع أنه لا خلاف فيما ذكره أولاً من أنه ليس له قطع الأصابع وهو ظاهر لما فيه من تعذر محل الجراحة.

وأشبَهُهما أنَّ له حكومةَ الساعد؛ لأنه ترك حقَّه في الساعد بلا تَعَدٍّ، فكان كما لو عَفَا عن القصاص يثبت له المطالبة بالمَالِ، ولأنَّ حكومة الساعِدِ لا تدخل في دية اليَدِ مع الكوع، فأَوْلَىٰ أن لا يدْخُل في قطْعِها من الكوع، وأما حكومة بقية العَضد، فقد ذكرها ها هنا، وفي «الوسيط» في سقوطها وجهَيْنِ، إذا قلْنا بسقوط حكومة الساعد، وقد يُستشهدُ للسُّقوط بمسألة القسم، فيقال: البعد عن القَدْر المستحَقِّ أسقط المستحَقَّ هناك، فكذلك ها هنا، ولم أجدْ لغيره حكايةَ الوجهَيْنِ في حكومة بقية العَضُد، وإنما الذي يوجَدُ أنَّها تجبُ؛ لأن استيفاء تلْك البقية متعذِّر شرعاً، ولم يوجَد، فيها من المجنيِّ عليه تقصيرٌ وعدولٌ.

الثالثة: لو قطع من نصْف الساعد، قطع من الكوع، وأخذت حكومة نصْف الساعد، ولو عفا، فلَهُ ديةُ الكف وحكومةٌ لنصف الساعد، ولو أراد أن يلقط أصابعه، قال الإمام: لا يمكن؛ لِمَا سبق من تعدد الجراحة، ولو فعل، ثم أراد القطْع من الكوع، لم يمكن، قال في «التهذيب»: وليس له حكومة الكَفِّ، وله حكومة نصْفِ الساعد، ويجيْءُ في حكومة نصف الساعد الخلافُ.

ولو قطع يده من نصْف الكف، لم يقتص منه، وله التقاط الأصابع، وإن تعدَّدت الجراحة؛ لأنه لا سبيلَ إلى الإهمال، وليس بغد موضع الجراحةِ إلاَّ مفاصِلُ متعدِّدة، وهل يجبُ مع قطْعها حكومةُ نصفِ الكفِّ، أم تدْخُل الحكومةُ في قطْعها دخولها في استيفاء الدية؟ فيه وجهان يعودان من بَعْدُ، والأصحُّ: الوجوب؛ فليُعْلَمْ لما بيَّنا قوله في الكتاب: «ولكن يُقْطَعُ أَقْرَبُ مَفْصِلٍ» بالحاء، وكذا قوله: «والقصاص في المُوضِّحَة».

وقوله: «لم يجز له القطع من الكوع» بالواو، وقوله: «ففي القَطْع من الكُوع مَعَ تَرْك أَرْشِ السَّاعد وجهان» لا يخفى أن المراد مِنْ «أَرش الساعد» حكومتُها، وكذا قوله: «ففي أرش بقيَّة العضد» وظاهر اللفظ يقْتضي تقييدَ الوجْهَيْن بما إذا قطَع من الكوع تاركاً حكومة الساعد ولم يتعرَّض لذلك الإمامُ ولا غيره، ولكن أطلقوا الوجهَيْنِ، ثم فرَّعوا عليهما حكومة السَّاعد، كما ذكرنا، ويجُوز أن يقال: المراد نفي القطع من الكُوع، وإن ترك أرْش السَّاعد وجهان.

وقوله: «وإذا سقط أرش الساعد» إلى آخره، فيه تقديم وتأخير المعنى، وإذا أسقط أرْش الساعد عنْد عدوله إلى الكُوع عدواناً، ففي أرش بقية العَضُد وجهان أي إذا لم نُجوِّز القطْع من الكوع فقَطَع، وسقَطَت حكومةُ الساعد، كما مرَّ، ففي حكومة الباقي من العَضَد وجهان، وفي اللفظ إشارةٌ إلى تخصيص الوجهَيْن بما إذا لم نُجَوِّز القطْعَ مِنَ الكُوع، ولفظ «الوسيط» يقتضي طردهما فيما إذا جوَّزنا القَطْع، وقلْنا بسقوط حكومة الساعِدِ على أَحدِ الوجهَيْن.

فَرْعٌ عن: «الأم»: أنه لو شَقَّ كفَّه حتى انْتَهَىٰ إلى المَفصِل، ثم قطع من المَفصِل أو لم يَقْطع اقتص منه، إن قال أهل الخبرة يُمْكِنُ أن يَفْعَلَ به مثْلَه.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَأَمَّا المَعَانِي فَالسَّمْعُ وَالبَصَرُ يَجِبُ القِصَاصُ فِيهِمَا بالسِّرَايَةِ عِنْدَ إيضَاحِ الرَّأْسِ، وَلَوْ قَطَعَ بَعْضَ الأَصَابِعِ فَتَآكَلَ البَاقِي بِالسِّرَايَةِ لَمْ يَضْمَنِ الأَجْسَامَ بِالسِّرَايَةِ لِأَنَّهَا لاَ تُقْصَدُ، هَذَا نَصُّهُ، وَقِيلَ فِي المَسْأَلَتَيْنِ قَوْلاَنِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ، وَفِي إلْحَاقِ العَقْلِ وَالبَطْشِ بِالبَصَرِ تَرَدُّدٌ لِبُعْدِهِمَا عَنِ التَّنَاوُلِ بِالسِّرَايَةِ، وَلَوْ قَطَعَ مُسْتَحِقُّ اليَدِ بَعْضَ الأَصَابِعِ فَتَآكَلَ البَاقِي فَفِي تَأَدِّي القِصَاصِ بِهِ قَوْلاَنِ، وَكَذَا الخِلاَفُ فِيمَا لَوْ قَتَلَ مَنْ عَلَيْهِ القِصَاصُ خَطَأً أَوْ كَانَ المُسْتَحِقُّ مَجْنُوناً، وَلَوْ أَوْضَحَ رَأْسَهُ فَتَمَعَّطَ شَعْرُهُ فَأَوْضَحْنَا رَأْسَهُ فَتَمَعَّطَ شَعْرُهُ فَفِي وُقُوعِ الشَّعْرِ قِصَاصاً خِلاَفٌ وَأَوْلَىٰ بِأَنْ لاَ يَقَعَ لِأَنَّ نَفْسَ الشَّعْرِ لاَ قِصَاصَ فيه، وَوَجْهُ وُقُوعه أَنَّهُ تَابِعٌ لِلإِيضَاحِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: كما يضمن أجرام الأَطْراف والأعضاء بالقصاص يضمن قيمة منافِعِها في الجملة، وكيف لا وهي المقصودةُ، وفيها الفائِدَةُ، وقد يكون الجُزم المعطَّل كَلاًّ على صاحبه، ثم المعاني لا تباشر بالتفويت، وإنما تفوت تبعاً لِمَحَالِّهَا، وقد تَرِدُ الجناية على غير محلِّها، وتفوت هي بالسراية لاَرْتِبَاطِ بينهما، وبين مورد الجناية، ونَتَدرَّج بهذه المقدِّمة إلى الكلام في مسألتين.

إحداهما: لو أوضَحَ رأسَه، فذهب ضوء عينَيْه فالنصُّ أنه يجب القصاص في الضَّوْء، كما يجب في الموضِّحة، ونَصَّ فيما إذا قطَع أصبعه، فسَرَى إلى الكفِّ إلى إلى أصبع أخرَىٰ بتآكُلٍ، أو بشلل؛ أنه لا يجب القصاص في محلِّ السراية، والفرق أن الأجسام تُنَالُ بالجناية، والجناية على غيرها لا تُعَدُّ قصداً إلى تفويتها وضوء البَصَر ونحوه من اللطائف لا يباشر بالجناية، فطريق تفويته بالجناية على محلِّه أو على ما يجاوره، ويتعلَّق به، ويضمن القصاص، كالنفسِ، فهذه الطريقةُ هي ظاهِرُ المذهب، ووراءها طريقتان:

إحداهما: عَن رِوَايَةِ الشيخ أبي عليٍّ وغيره: أن فيهما قولَيْن بالنَّقْل والتخريج.

أحدهما: أنه لا قِصَاص فيهما بالسراية؛ لأنه لا يَقْصِد تفويت جسم بالجناية على غيره، ولا تفويت الضوء بالجناية على غير الحَدَقة، فإذا حصَل بفعْله، كان الشخص كالمُخْطِيء فيه.

والثاني: يجب لتولُّد الفوات من جناية تعمُّدها، ولذلك لو تولَّد الزهوق من قطْع الأنملة، وجب القصاص، وإن كان لا يَقْصِد به الزهوق غالباً؛ لأنه لا يُفْضِي إليه غالباً،

ويقال: إن المزنيَّ قال بطريقة القولَيْن، وأن اختياره القولُ الثاني.

والثانية: حكَىٰ أصحابُنا العراقيُّون عن أبي إسحاق تخريجَ قَوْلٍ من نصِّه على أن سراية الأجسامِ لا تُضْمَن بالقصاص في الضوء، والامتناع من التخريج في الأجسام من الضَّوْء، وإذا أوجبْنا القصاصَ في ضَوْء البصَرِ بالسراية، فالذي صحَّحه الإمامُ روايةً ونقلاً؛ أن السمع كالبصر[1]، وحكى فيما إذا بطَل بطْشُ عضو بالسراية تردُّداً عن الأصحاب، منهم مَنْ ألحقه بلطيفتي السمْع والبصَرِ، وبه قال صاحب «التقريب» ومنْهم مَنْ رأىٰ البطْش عسر الإزالة كالأجسام، وإليه ميل الشيخ أبي محمَّد، وفي العقل أيضاً؛ لبُعْده عن التناوُلِ بالسراية، وإن كان من اللَّطَائف.

[قال:] ولا يَبْعُد أن يلحق الكلام بالبَصَر ورتبها فجعل البصر والسمع في درجةٍ، ويليهما الكلامُ، ويليه البطشُ، وتليه العقْل، وذكر صاحب «المهذب» في أنه لو جَنَىٰ علَىٰ رأسِه، فذهب عقْله، أو على أنْفِهِ، فذهب شمُّه أو على أُذُنِهِ، فذهب سمعه، لم يجب القصاص في العقْل والسمْع والشمِّ؛ لأن هذه المعاني في غير محَلِّ الجناية، فلا يمكن القصاص فيها، وهذا القَدْر من التوجيه يُشْكِل بمسألة الضْوء على أن الأقْرَبَ في العقْل منع القصاص؛ لأنَّه لا يوثَقُ بالمعالجة بما يزيله، ويشبه أن يُرَجِّح في البطش والشم الوجوب، وفي معناها الذَّوْق[2]؛ لأن لها محالَّ مضبوطةً وعنْد أهل الخِبْرة طرق في إبطالها، فإذا ذهب ضَوْءُ العَيْنِ بالموضِّحة، واقتصَصْنا في الموضِّحة، فلَمْ يَذْهَب ضوء عين الجاني، أذهب بأخف ما يمكن من تقريب حديدة محمَّاةٍ من حدَقَتِهِ أو طرْح كافورٍ ونحْوه فيها، وإن ذهَب ضوْء الجاني، حصَل القصاص، وفيه شيْءٌ سيأتي - إن شاء الله تعالى - في المسألة الثانية الآتي ذكرها، ولو هَشَم رأسَهُ، فذهب ضوء عينه، عولج بما يُزِيل الضوْءَ، ولا يقابل الهشْم بالهشْم، كما تقدَّم، ولو لطمه، فذهب ضوء عيْنِيه، واللطمةُ بحيث تذهب الضوء غالباً فالحكاية عن نصِّه في «الأم» أنه يُلْطَم مثل

---

(١) ما نسبه الإمام حكاه عن الأصحاب ولم يحك سواه، وجزم به الرافعي في المجرد وهو خلاف مذهب الشافعي فقد نص في الأم على أنه لا قود في ذهاب السمع لأنه لا يوصل إلى القود فيه.
ودعوى الإمام عن الأصحاب على أنه كالبصر مردود فقد جزم العراقيون وغيرهم أنه لا قود فيه، وممن جزم بأنه لا قود فيه الماوردي في باب الديات والشيخ في المهذب وصاحب البيان وكذلك البندنيجي وقال في كل جناية سرت إلى ما دون النفس لا قصاص في السراية إلا في مسألة العين كذا صرح به الصيدلاني في شرح المختصر والقاضي الحسين في التعليق.

(٢) اقتصر من الحواس على السمع والبصر والشم والذوق وسكت عن المس وهو حس لأن زوال اللمس إن كان بزوال البطش فالواجب فيه دية البطش، وقد ذكر البطش وإن لم يزل البطش لم يتحقق بزوال اللمس، فإن فرض بحذر وجب فيه الحكومة لا القصاص وقال القاضي الماوردي الظاهر أنه في معنى باقي الحواس، ولهذا أطلقه في الحاوي. (قاله الزركشي في خادمه).

تلْك اللطمة، فإن ذهَب الضوء فعَلَىٰ ما ذكرنا في الموضّحة وإلا أزيل بالمعالجة وإن ابيضت الحَدَقَةُ، أو شخصت، فعل به ما يقضي إلَيْه إن أمكن، ونسب الشيخ أبو إسحاق الشيرازيُّ هذا المنقولَ عن النصِّ إلى بعْضِ الأصحاب، قال: ويَحْتَمِلُ عندِي أن لا يقتص باللطمة، كما لا يقتص بالهاشمة؛ لأنه لا قصاص في اللطمة، لو انفردت كالهاشمة، واحتج له بأثرٍ عن عليٍّ ـ كرم الله وجهه ـ أيضاً، وهذا حَسَنٌ وقد أقامه صاحب «التهذيب» وجهاً وحكم بأنه الأصحُّ.

المسألة الثانية: إذا قلْنا: لا يجبُ القصاص في الأجسام بالسراية، فلو قطع أصبعه، فسرى القطْع إلى الكف وسقطت، ولم تَجِبِ القصاص إلا في تلْك الأصبع، وعن أبي حنيفة أنه يسقط قصاصُ الأصبع بالسراية إلى الكف، واحتج الأصحاب بأنها جنايةٌ مضمونة بالقصاص [لو لم تَسِرْ، فلا يسقط القصاص][1] فيها بالسراية، كما لو قطع حامل، فسرى إلى جَنِينها، فسقط ميّتاً، وإذا اقتصّ في الأصبع، فسرى إلى الكف، فالنص أن السراية لا تقع قصاصاً، حتى يجب على المقتصِّ منه ديةُ باقي اليد، والنصُّ في «المختصر» فيما إذا أوضَحه، فذهب ضوء عينه، وشَعْرُ رأسِهِ، فاقتص المجنيُّ عليه في الموضّحة، فذهب ضوء الجاني، وشَعْرُ رأْسِهِ أيضاً؛ أنه يكون مستوفياً حقَّه، ولو لم يذهبْ ضوء الجاني، ونبت شعره، فعليه ديةُ البَصَرِ، وحكومةُ الشَّعْر، وفي هذا النصِّ إيقاعُ الشعْر في مقابلة الشعْر، وهو من الأجسام فأشْعَر بأن السراية إلى الجِسْم تقع قصاصاً، واختلف الأصحاب على طريقَيْنِ، فمنهم من قال: هذان قولان في أن السراية إلى الكفِّ هل تقع قصاصاً؟

أحدهما: يقع لتشابه الفعلَيحٌ، وتولُّد السرايتَيْن من الفعلَيْن، وهذا كما أن السراية إلى النَّفْس تقع قصاصاً بالسراية.

والثاني: المنع، لأنا نفرِّع على أن السراية إلى الجِسْم لا تُضْمَن بالقصاص، وإذا لم يكن في السراية إلَيْه قصاصٌ، لم تكن سرايته قصاصاً بخلاف النفْس.

ومنهم مَنْ قطَع بالقوْل الثاني، ثم هؤلاء القاطِعُون قالُوا في النصِّ الثاني: إن السرايَةَ إلى الضَّوْء تقع قصاصاً بناءً على أن السرايَةَ إلَيْه توجِبُ القصاص على الظاهِر، كما سَبَقَ وحكَىٰ القاضي ابن كج التصرُّف في النَّصَّيْن وإثْبَات قولَيْن في أنَّ السراية إلى الضوء هل يقع قصاصاً أيْضاً حتى يجبَ على الجاني في قوْلٍ ديةُ البصر، إن سَرَتِ الموضِّحة إلى بصَره.

وأما الشَّعْر، فمنهم مَنْ قال: لم يتكلمِ الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ فيه، وإنما هو

---

(١) سقط من: ز.

من زيادة المزنيِّ ومنهم مَنْ قال: المراد شَعْر موضَح الموضِحة، فإنه يتبع الموضِّحة، كالشعر على اليد والرجْل يتبعها قصاصاً ومالاً، وأما إذا تَمعَّط الشعْر حول الموضِّحة، فتجب فيه الحكومة، وإن تَمعَّط من الجاني أيضاً، لا تقع السراية قصاصاً، وأما المثبتون للقولَيْن في سراية الكفِّ، فقد تحَزبوا في الشعْر، منهمَ مَنْ قطع بأن السراية فيه لا تقع قصاصاً، لأنه لا قصاص في نفْس الشعْر، ففي السراية أولَىٰ ومنهم من أجرى الخلافَ، وقال: تقع سرايته قِصاصاً على رأي بتبعية الإيضاح الَّذي فيه القصاص، وعلى هذا، فلا يُنْظَر إلى مقْدَار الحكومَتَيْن، بل يحصل القصاصُ مع تفاوتهما، كما يجري القِصَاصُ في الأطرافِ مع تفاوُتِ البدل، وسواء ثبت الخلافُ أم لم يَثْبُتْ، فالظاهر على ما ذكَره العراقيُّون وصاحب «التهذيب» والقاضي الرويانيُّ وغيرهم: أن السرايةَ لا تقَع قصاصاً لا في الكفِّ، ولا في الشَّعْر، ولو عفا المجنيُّ عليه عن قصاص الأصبع، فله أخْذ دية اليد، وإن اقتص، فلم يَسْرِ القطْع إلى غير تلْك الأصبع أو سَرَىٰ، وقلْنا: إنه لا يقع قصاصاً؛ فله أربعةَ أخماسِ الدِّيَة للأصَابع الأربع الذاهبة بالسراية، ولا يجب لمنابتها من الكفِّ حكومةٌ، بل تدخل في ديتها، وفي دخول حكومة خُمْس الكف في قصاص الأصابع وجهان، يعود ذكرهما، وما يجب من الدية، يجب مغلَّظاً في مال الجاني؛ لأنَّه وجَب بجناية عمْد موجبةٍ للقَوَدِ وفي «العدَّة» ذكر وجْه أنَّه على العاقلة؛ لأنه لا يقصد تفويت الجسْم بالجناية عَلَىٰ غيره كما ذكَرْنا من قَبْلُ، فهو كالخطأ، والمشهورُ الأولُ، وله المطالبة به عَقِيبَ قَطْع الأصبَعِ تفريعاً على الظاهر؛ لأنه وإن سرَىٰ القطْع إلى الكفِّ، لم يسقط باقي الدية، فلا معنى لانتظار السراية، وفي صورة الموضِّحة المذْهِبَة للبَصَر، لو أوضَحه، فلم يذهب ضوءه في الحَال، لا يطالب بالدية، بل ينتظر فلَعلَّه يَسرِي إلى البَصر، فَيَحْصُلُ الاقتصاصُ وكذا في النَّفْس، لو قطَع أصبعه، فسَرَىٰ إلى نفْسه، فقطع الوليُّ أُصْبَعَ الجاني، ينتظر السراية، ولا يطالب بالدية في الحال.

وقوله في الكتاب: «وأما المعاني فالسمع والبصر» إلى قوله: «هذا نصه» يُشْعِر سياقه بأن النصَّ في السمع والبصر وجوبُ القصاصِ بالسراية، وفي الأجسام المَنْعُ، وليس في السمْع نقْلٌ وحكاية نصٍّ، وإنما النصُّ في البصر على ما ذَكَرْنا، والسمع مُلْحَقٌ به على ما فيه من الخلاف.

وقوله: «ولو قطع مستحِقُّ اليد بعْض الأصابع» هذا اللفظ لا ينطبق على الصورة الَّتي ذكرناها، وحكَيْنا فيها اختلافَ الطُّرُق، وهي ما إذا قطع أصبعاً فتآكل، فاقتص المجنيُّ علَيْه من الأصبع، فتآكل الباقي، فإنَّ اليد ليستْ مستحِقَّةُ الاستيفاء في هذه الصُّورة؛ إنما الأصْبُعُ هي المستحقة، والَّذي عليه ينطبق اللفْظ ما إذا استَحَقَّ القِصَاصَ في اليد بالقَطْع من الكوع، فقطع أصبعاً من أصابعه، فتآكل الباقي، ويشبه أن يكون القولان في هذه الصورة مبنيَّيْنِ علَىٰ أنَّ السرايةَ هَلْ توجِبُ القصاص، ورجَّح الإمام

المصيرَ إلى وقُوعه قصاصاً؛ لأن السراية منسوبةٌ إلى فعْل الجارح، فكانت الجراحة كالسراية، وقَرُبَ من هذا الخِلاَفِ الخلافُ فيما لو قَتَلَ مستحِقُّ القصاص الجانِيَ خطأً أو ضربه بسَوْطٍ خفيفٍ، فمات؛ لأنه لم يقصد قَتْلَه، لكن الحقّ متعيِّن، وقد استوفاه؛ ولذلك لو وثب الصبيُّ أو المجنونُ على مَنْ قتل مورثه فقتله، هل يكون مستوفياً لحَقِّه؟ فيه وجهان.

أَحَدُهُمَا: نعَمْ، كما لو كانَتْ له وديعةٌ عنْد غيره، فأتْلَفَها.

وأصحُهما: على ما ذكر صاحب «التهذيب» وغيره: لا، لأنه ليْسَ من أهل استيفاء الحقُوق، ويخالف الوديعةَ، فإنَّها لو تلِفَتْ من غير فعْل أحدٍ يبرأ المودع، وها هنا لو مات الجانِي لا يبرأ، فعَلَىٰ هذا ينتقل حقُّه إلى الدية، ووجبت الدِّيَةُ بقَتْلِ الجانِي، وتكُون عليه أو على العاقلة، ينبني على الخلاف في أن عمْدَهما عمْدٌ وخطأ، ويجري الخلاف فيما إذا ثَبَتَ قصاصُ الطرَفِ لصبيٍّ أو مجنونٍ، فوثبت على القاطِع، فقَطَع طرفه، هل يكون مستوفياً لحقِّه؟ وموضع الخلاف ما إذا لم يوجَدْ منه تمكين، فأما إذا أخرج يدَهُ إلى الصبيِّ أو المجنونِ، حتى قطَعه، لم يكن مستوفياً لحَقِّه بلا خلاف ويكون قطعُه هدراً.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الفَصْلُ الثَّانِي فِي المُمَاثَلَةِ، وَالتَّفَاوُتُ فِي ثَلاَثَةٍ التَّفَاوُتُ الأَوَّلُ تَفَاوُتُ المَحَلِّ وَالقَدْرِ فَلاَ تُقْطَعُ اليُمْنَىٰ بِاليُسْرَىٰ، وَلاَ السَّبَّابَةُ بِالوُسْطَىٰ، وَلاَ أُصْبُعٌ زَائِدَةٌ بِأُخْرَىٰ عِنْدَ تَفَاوُتِ الْمَحَلِّ، وَإِنْ تَسَاوَتِ الزَّائِدَتَانِ فِي الحُكُومَةِ وَاخْتَلَفَتَا فِي الحَجْمِ فَفِيهِ وَجْهَانِ، إِذْ لَيْسَ لَهُمَا اسْمٌ أَصْلِيٌّ بِخِلاَفِ يَدِ الصَّغِيرِ مَعَ الكَبِيرِ**.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هجم ها هنا وفي «الوسيط» على ذكْر الفصْل الثاني من غَيْر أن يذْكر فصلاً أولاً، وكأنه قصَدَ ترتيبَ مسائِل قصاصِ الطَّرَف بإيداعها في فصْلَيْن.

أحدُهما: فيما يوجب القصاص من الجنايات علَىٰ ما دون النَّفْس.

والثاني: في المماثَلَةِ المعتبَرة فيه، ثم غَفَلَ عن التنْصيص على الأوَّل، وإن أتى بمقصُوده، والوجْه أن يزاد قَبْل قوله: «والجنايات ثلاثة» وفيه فصلان:

أحدهما: فيما يُوجِبُ قصاص الطَّرَف أو لا يزادُ هناك شيء ويُجْعَل مكان الفَصْل الثاني: «فصْل في المُمَاثَلَةِ» وقد يقال: قد عقد في فنِّ الاستيفاء مِنْ بعْدُ فصلاً في المماثَلة، وهذا الفصْل مترجَمٌ بالمماثلة أيضاً، فهلا جمَعَ بين مسائل الفصْلَيْن، فاعْلَمْ أن غرَضَ الفصلَيْن مختلفٌ؛ فالغرض هناك بيانُ أن المماثلةَ في طريقِ الإزهاق مرعيَّةٌ في الاستيفاء والغرَضُ ها هنا الكلامُ في المماثلة التي هي معتبرةٌ في وجُوبِ القصاصِ وهي في الطَّرَفِ بمثابة الكفاءة التي تُطلَق في قصاصِ النَّفْس، إذا تقرَّر ذلك، فالذي نُقدِّمه

على وضوحه أنَّه لا يُقَابَلَ طَرَفٌ بطَرَفٍ من غَيْر جنسه، كاليد والرِّجْل والعين والأنف، فإذا اتحد الجنْسُ، لم يؤثِّر التفاوتُ في الصِّغَر والكبر والطول والقِصَر والقوَّة والضعف والضخامة والنَّحافة، كما لا تعتبر مماثلةُ النفسين في هذه[1] الأمور، والسببُ فيه أن مماثلة النفُوس والأطْرَاف فيها وفي نحوها، لا يكاد تَتَّفِقُ، وفي اشتراطِها إبطالُ مقصودِ القِصاصِ، ولذلك تُقطَع يد الصانع بيد الأَخْرَق، كما يقتل العالِمَ بالجَاهِل، وإنما يُؤثِّر التفاوت في أمور.

أحدها: تفاوتُ المَحلِّ والقدر.

أما المحلُّ، فلا تقطع اليد اليُمْنَىٰ باليُسْرَىٰ، وبالعكس، وكذلك في الرِّجْل والعين والأذن، ولا يقطع الجفن الأعلَىٰ بالأسْفَل، وبالعكس، وكذلك في الشَّفَة، وذلك لاختلافِ المنافع، واختلاف تأثير المحالِّ بالجراحات، وكذلك لا تُقطَع أصبعٌ بأصبع، كالسبابة والوسْطَىٰ، ولا أنملةُ أصبع بأنملةٍ أخرَىٰ منْ تلك الأصبع ولا أصبع زائدةٌ بزائدة أخرى، إذا اختلف محلُّهما بأن كانت زائدةُ الجانِي أو المجنيِّ عليه في جانِب الخِنْصِرِ، وزائدةُ الآخر بجنب الإبهام، بل تؤخَذ الحكومةُ، وأما القدْر فالتفاوت في الحَجْم صغراً وكبراً وطولاً وقصراً لا يُؤَثِّر في الأعضاء الأصليَّة وأما في الأعضاءِ الزائدةِ، كالأصبع والسِّنِّ الزائدتين، فقد أطلق مُطْلِقُون، منهم صاحب «التهذيب» فيه وجهَيْنِ.

أحدهما: وبه قال صاحب «التقريب»: أنه لا يؤثر أيضاً كما في الأصلية.

والثاني: يؤثر؛ لأنه ليس لها اسمٌ مخصوصٌ حتى يُكْتَفَىٰ بالاتفاق في الاسم، كما يكتفى في اليمين واليسار وفي السَّبَّابة والوسْطَىٰ، فيُنْظَر إلى القَدْر، وتراعى الصورة، وهذا ما حكاه القاضي ابن كج عن أبي الطيِّب بن سلمة في السِّنِّ، ونسب الأوَّلَ إلى أبي إسحاق، وغيره ينسب إليه الثاني فإذا جعل التفاوت في الحَجْم مؤثراً فإن كانَتْ زائدةُ الجانِي أكبَرَ، لم يقتص منه، وإن كانت زائدةُ المجنيِّ عليه أكبر اقتص، وأُخِذَتْ حكومةٌ تقدر النقصان، ومنهم مَنْ خصَّص ذكْرَ الخلاف بالسِّنِّ وسكَتَ عنه في الأصبعِ، ثم الوجهان فيما رأى الإمام مخصوصانِ بما إذا لم يؤثِّر تفاوتُ الحجْم في الحكومة، فإن أثر، اختلفت نسبتُهما إلى الجُمْلة، وذلك ممَّا يمنع القِصَاص، ولذلك لم تُقْطَعِ الصحيحةُ بالشَّلاَّء؛ لأن الصحيحةَ نصْفُ الجملة، والشلاء ليستْ نصفاً على ما سبق، قال: والاختلاف في اللوْن وسائر الصفات، لا يُؤثِّر بعد التساوي في الحُكُومة، بخلاف التفاوُتِ في الحجْم، وتقطع الزائدةُ بالأصليَّةِ، إذا لم يختلِفِ المحلُّ ولا شيء له

(١) وقد ذكر في التفاوت الثالث ما يخالف هذا الإطلاق وهو ما لو كانت أصابع إحدىٰ يديه وكفيها أقصر من الآخر. ففي التهذيب لا قود في القصرى لأنها ناقصة وفيها دية ناقصة محكومة.

لنقصانِ الزائِدَةِ، كما إذا رَضِيَ بالشلاء عن الصحيحة.

قوله في الكتاب: «وَإِنْ تساوت الزائدتانِ في الحُكُومة واختلفتا في الحَجْم، ففيه وجهان إشارةٌ إلى ما ذكَرَه الإمامُ، والمعْنَىٰ ولا أصبع زائدة بأخْرَىٰ عند تفاوت المَحَلِّ أو تفاوت الحكومة وإن تساويَا فيهما جميعاً واختلفا في الحجْم، فوجهان، وحَيْثُ جرى الوجْهَان، فالأظهر أنَّه لا أثَرَ للتفاوت وفي الحجم؛ كذلك ذكره القاضي الرويانيُّ وصاحب «العدة» وغيرهما، ونقلوا عن النصِّ، أنه لو كانَتْ زائدةُ الجاني أتَمَّ بأن كانَت لأصبعه الزائدةِ ثلاثُ مفاصِلَ، ولزائدة المجنيِّ عليه مَفْصِلٌ واحدةٌ أو مَفْصِلان، لا يُقْطَع بها؛ فإنَّ هذا التفاوتَ أعْظَمُ من تفاوُتِ المحلِّ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَالتَّفَاوُتُ فِي المُوضِّحَةِ يُؤَثِّرُ أعْنِي فِي بَيْعَتِهَا لاَ فِي عِوَضِهَا، وَلَوْ كَانَ رَأْسُ الشَّاجِّ أَصْغَرَ اَسْتَوْعَبْنَا رَأْسَهُ وَلَمْ يَكمَّلْ بِالقَفَا بَلْ ضَمَمْنَا إِلَيهِ الأَرْشَ، وَلَوْ كَانَتْ نَاصِيَةُ الجَانِي أَصْغَرَ وَقَدْ أَوْضَحَ نَاصِيَةَ غَيْرِهِ كَمَّلْنَا بِمَا حَوَالَيهِ لِشُمُولِ اَسْمِ المُوضِّحَةِ، وَلَوْ زَادَ عَلَى ما اَسْتَحَقَّهُ قِصَاصاً فَعَلَيهِ أَرْشٌ كَامِلٌ لِتِلْكَ الزِّيَادَةِ؛ لأَنَّهُ فَارَقَ البَقِيَّةَ فِي الحُكْمِ فَأُفْرِدَ بِحُكْمٍ، وَقِيلَ: عَلَيهِ قِسْطٌ لأَنَّ الكُلَّ مُوضِّحَةٌ وَاحِدَةٌ، وَلَو اَشْتَرَكُوا فِي إِيضَاحِ اَحْتُمِلَ (و) أَنْ يُوَزَّعَ المِقْدَارُ عَلَيْهِمْ، وَاَحْتُمِلَ أَنْ يُوضَحَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِثْلُهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الكلام في قصاص الموضِّحة في المساحَة والمَحَلِّ؛ أما المساحة، فمرعيَّةٌ في قصاص الموضِّحة طولاً وعرَضاً، فلا تقابل ضيِّقةٌ بواسعةٍ، ولا يقنع بضيقة عن واسعة، وتذرع موضِّحة المشجوح بخشَبَةٍ أو خيطٍ، ويُحلَق ذلك الموضِعُ من رأس الشاجِّ، إن كان عليه شعْر، وخِيطَ عليه سوادٌ، أو حمرةٌ، ويضبط الشاج حتَّى لا يضطرب[1]، ويُوضَح بحديدة حادَّة كالمُوسَىٰ، ولا يوضَحُ بالسيف، وإن كان قد أوضَحَ به؛ لأنه لا تُؤْمَنُ الزيادة، وكذلك لو أوْضَحَ بحَجَرٍ أو خشَبٍ يوضحُ بالحديدة، ذكره القفَّال وغيره وتردَّد فيه القاضي[2] الرويانيُّ، ثم يفعل ما هو أسهلُ عليه من الشق دفعة

---

(١) قضية كلام التتمة أن الضبط واجب فإنه قال: فعليه أن يضبط لكن البغوي شبهه بضبط الصبي عند الختان كيلا يضطرب قال في الخادم: وقضيته الاستحباب وفيما قاله نظر.

(٢) يفهم أن الروياني لم يجزم بشيء وليس كذلك، فإنه نقل عن القفال إيجاب الحديدة سواء أوضحه بها أو بغيرها لأنه لم تحصل المماثلة إلا بها. ثم قال: وفيه نظر عندي، وقياس المذهب أنه يقتصر بمثل ما فعل إن أمكن ولعله أراد إذا لم يمكن.

وما ذكره الروياني أنه القياس هو الذي نقله البغوي فقال في تعليقه على المختصر ولو أوضح بحجر أو خشبة قال القاضي الحسين: إن أمكن أن يوضح بمثله من غير هشم فعل. انتهى ولم يذكر غيره وهو الظاهر لكن ما قاله القفال جرى عليه المتولي وهو قضية كلام التهذيب.

واحدةً، والشق شيئاً فشَيْئاً، ويرفق في موْضِع العلامة، ولا عبرة بتفاوتِ الشاجِّ والمشجوج مِنْ غلظ الجلد واللَّحم؛ لأن اسم الموضِّحة يتعلّق بإنهاء الجراحة إلى العَظْم والتساوي في قَدْر الغوص قليلاً مَا يتَّفِق، فينقطع النَّظَر عنه، كما ينقطع النَّظَر عن الصِّغَر والكبر في الأطْراف، وعن أبي إسحاق أنَّه يعتبر التساوِي في العُمْق، ولا يغوص شعيرتين في مقابلة شعيرة، وهذا حمله الأئمة على السهْو منْه أو مِمَّنْ رواه عنه.

وأما محلُّ الموضِّحة، فإن أوْضَحَ مِن إنسان جميع رأسِه، ورأسُ الشاجِّ والمشجوجِ متساويانِ في المساحَةِ، أوْضحَ جميعَ رأسِه، فإن كان رأسُ الشَّاجِّ أصْغَرَ، استوعبْنا رأسَهُ إيضاحاً ولا نكتفي به، بخلاف اليد الصغيرة، فإنه يكتفى بها في مقابَلَة الكبيرة، وفرق بأن ما به التفاوُتَ بين اليدَيْن على تجرُّده ليْس بِيَدٍ، وما به التفاوت بين الموضِّحتين على تجرُّده موضِّحة، فلا يجعل تابعاً وأيضاً، فالمرعيُّ هناك اسم اليد، وها هنا المعتبر المساحة؛ ألا ترى أن يد القاطع، لو كانت أكبر قُطِعت، ورأس الشاجِّ لو كان أكبَرَ، لا يستوعب وَلاَ ينزل الإتمام المساحة إلى الوجْه، ولا إلى القَفَا، فإنهما عضوان وراء الرأس، فلا تقابل موضِّحة عضوٍ بموضِّحة عضوٍ، كما لا يقابل عضوٌ بعضْوٍ، ولكن يُؤخَذ قسْطُ ما بَقِيَ منَ الأرش، إذا وُزِّع على جميع الموضِّحة فلو كان المستوفَىٰ في إيضاح جميع رأسِهِ قَدْر الثلثينُ، أخِذَ ثلثُ الأرش، وشبه ذلك بما إذا قطع ناقصُ الأصابعِ يداً كاملةَ الأصابع، فإنه تقطع يده الناقصةَ، وتؤخذ أرْشُ الأصبع الناقصة، وعندَ أبي حنيفةَ: لا يَأخُذ شيئاً من الأرْش مع القصاص، ويتخيَّر في الابتداء بين أن يقنع بإيضَاحِ رأسِه، وبين أن يَدَع القصاص، ويأخذ أرشَ الموضِّحة.

وإن كان رأسُ الشاجِّ أكبَر، لم يُوضَحْ جميع رأسه، بل يُقدَّر ما أوْضَح بالمساحة، والظاهر الذي أورده أكثرهم أن الاختيار في موْضِعِهِ إليه؛ لأن جميع رأسِه محَلُّ الجناية، ووراءه وجهان:

أحدهما: أنه يبتدىء من حيْث ابتدأ الجاني، ويَذْهَب في الصوب الذي ذَهَب إليه إلى أن يتم القدْر، ويقال: إن هذا اختيار القاضِي حُسَيْنَ - رحمه الله -.

والثاني: أن الاختيار إلى المجنيِّ عليه، فإن كان في رأس الشاجِّ موضِّحة، والباقي يُقدَّر ما نريد القصاص فيه تعيَّن وصار كأنه كلُّ الرأس، ولو أراد أن يستوفِي في بعْض حقِّه من مُقدَّم الرأس، والبعْضَ من مؤخره، فقد حكى صاحب «التهذيب» في تمكينه منه وجهَيْن:

أحدهما: يُمَكَّن؛ لأن الموضعَيْن محلُّ الجناية مِنْ رأسه.

وأظهرهما: المنع؛ لأنه مقابلةُ موضِّحتين بموضِّحة، ومَن استحق القصاصَ في موضحة وَتمكَّنَ من استيفائها، فأراد أن يستوفي البعْضَ ويأخُذَ للباقي قسْطَه من الأرش، هل له ذلك؟ فيه وجهان في «النهاية»:

أحدهما: نعم؛ لأن الذي أفرده بالقصاص قائلٌ للقصاص، فأشبه ما إذا قطَع أصبعَيْنِ، فإن للمجني عليه أن يَقْتصَّ في إحداهما، ويأخذ أرش الأخْرَىٰ. **وأصحُّهما**: وهو الجواب في «التهذيب»: المنع؛ لأنه متمكِّن من استيفاء الكلِّ، والبعض الذي يستوفيه يقابلُ الأرش التامَّ فليس له أن يأخذ شيئاً آخر، بخلاف ما لو أوضَحَ في موضعين له القِصَاص في أحدهما، وأخذ الأرش من الآخر؛ لأنهما جنايتان منفصلتانِ.

ولو أن الجانِيَ لم يُوضِحْ جميع الرأس، ولكن أوضح طرفاً منه، كالقَذَال والناصية، فيُوضَح في ذلك المَوْضِع، فإن أوضح ناصيةً فأوضحنا ناصية فلم يبلغ مساحة الموضِّحة التي جنى بها؛ لصغر ناصيته فيكمَّل من باقي الرأس؛ لأن الرأس كلَّه عضوٌ واحدٌ، فلا فرق بين مقدِّمة ومؤخَّرة، وعن صاحب «الإفصاح» واختاره القاضي الحُسَيْن: أنه لا يجوز مجاوزةُ ذلك الموضِعِ، كما لا يجوز النُّزول إلى الوجّه والقفا؛ لتكميل موضِّحة الرأس، والمشهور الأوَّل، وهو المحكيُّ عن نصه في «الأم» ولو أوضَحَ جبهته، وجَبْهَةُ الجانِي أضيقُ، فلا يرتقي إلى الرأس، وليجيء في مجاوزة موضِعِ من الوجْه إلى موضِعٍ يلاصقه الخلافُ.

وإذا أوجبنا القصاصَ في الموضِّحة على سائر البَدَن فلو أوْضَح ساعِدَه، وساعدُ الجانِي أصغَرُ، لا يسع لموضحه الجناية، لم يجْرِ النزولُ إلى الكفِّ، ولا الصعود إلى العَضُد كما في الوجْه والرأس، ثم في الفصْل مسألَتان: **إحداهما**: لو زاد المقتص على القدر المستحَقِّ، نُظِر؛ إن زاد باضطراب الجانِي، فلا غُرْم، وإن زاد عمْداً اقتص منه في الزيادة، ولكن بعد اندمال الموضِّحة التي جَنَىٰ علينا الجانِي بها، وإن آل الأمر إلى المال أو أخطأ باضطراب يَدِهِ، وجب الضمان وفي قَدْره وجهان:

أحدهما: وينسب إلى القفَّال: أنه يوزَّع الأرشُ عليهما، فيجبُ قسْط الزيادة؛ لأن الجراحة والجارِحَ متحدانِ، وهذا كما ذكَرْنا أنه يجب القسْط فيما إذا كان رأسُ الشاجِّ أصغَرَ.

وأصحُّهما: أنه يجب أرشٌ كاملٌ؛ لأن حكْمَ الزيادة يخالفُ حكْم الأصل، فالأصل عمْدٌ مستحق والزيادةُ خطأ وغير مُسْتَحَقِّه وتغايَرَ الحكْم لتعدّد الجاني على ما سيأتي، ولو قال المقتص: أخطأْتُ بالزيادة، وقال المقتص منه بل تعمَّدتَّ، فالمصدَّق المقتص بيمينه، ولو قال: تَوَلَّدَتِ الزيادةُ باضطرابه فأنكر، ففي المصدَّق منهما وجهان؛ لأن الأصل براءة الذِّمة، والأصل عدم الاضْطراب[1].

---

(١) لم يصرح المصنف رحمه الله بترجيح.
قال في الخادم: الظاهر أن المصدق الجاني. وكلام الحاوي يقتضي أنه المذهب ولأنه منكر العمد به. صاحب الخادم. ينبغي أن يكون الوجهان في الغرم فلا يجب قطعاً.

الثانية: إذا اشترك جماعةٌ في موَضّحَة؛ بأن تحاملوا على الآلة وأجْرَوْها معاً، ففيه احتمالان للإمام:

أحدهما: أنه يوزَّع عليهم القصاص، ويُوضَحُ كلُّ واحدٍ منهم قدْرَ حصته؛ لأن الموضّحة قابلةٌ للتجزئة، والقصاص جازٍ في أجزائها فصار كما لو أتلفوا مالاً، يوزَّع عليهم الغرم، وعلى هذا، فتعيين الموضح إلى اختيار المقتصّ أو المقتص منه وجهان:

والثاني: أنه يُوضَح من كل واحدٍ منهم مثْلُ تلْكَ الموضّحة؛ لأنه لا جزء إلاَّ وكُلُّ واحدٍ منهم جانٍ عليه، فأشبه ما إذا اشتركوا في قَطْع يدٍ، وهذا ما أجاب به صاحب[1] «التهذيب» ويجري الاحتمالان فيما إذا آل الأمرُ إلى المال؛ أنه يجِبُ الأرْشُ مَوَزَّعاً عليهم أو يجِبُ على كلِّ واحدٍ منهم أرْش كاملٌ، قال الإمام: والثاني أقربُ، والأول هو المذكور في «التهذيب» وقوله في الكتاب: «لا في عِوَضِها» مُعْلَم بالواو وقوله «بل ضممنا إليه الأرش» بالحاء.

وقوله: «كمَّلْنا بما حَوَالَيْه» بالواو، لما بيَّنا، وليس المراد من قوله: «ضممنا إليه الأرشَ» الكاملَ بل قسْطاً من الأرش على ما قدَّمنا، وقد يُفْهَم ظاهر اللفظ خلافُه.

وقوله: «الشمول اسم الرأس» يعني أن اسم الرأس يقع على الناصية وغيرها، فالكل عضوٌ واحدٌ، وفي بعض النسخ «الشمولِ اسْمِ الموضّحةَ في الرأس» وقد يوجد في النسخ اسم الموضحة ولا وجه له.

واعلم أن ما ذكرنا أنه يُحْلَقُ شعْر رأسِ الشاجِّ، إذا أُريدَ الاقتصاصُ مفروضٌ فيما إذا كان على رأس كلِّ واحدٍ منهما شَعَر، أمَّا إذا لم يَكُنْ على رأس الشاجِّ شَعْر فلا حلْقَ، وإن لم يكنْ على رأسِ المشْجُوج شعْر، فلا يُمْكنُ القصاص؛ لما فيه من إتْلاف الشعْر الذي لم يتلفه، وحكي ذلك عن نصه ـ رضي الله عنه ـ في «الأمّ» ولا يؤثِّر التفاوُتُ في خِفَّة الشعْر وكثافته.

وأنه إذا شكَّ في أنه هل أوضَحَ بالشَّجَّة أم لا، لم يقتصَّ بالشك، ويتفحص عن الحال بالمسمار حتى يعرف، فيَشْهَدَ به شاهدان أو يعترف به الجاني، فإنَّ حكم الإيضاح يتعلَّق بالإنهاء إلى العظم حتى لو غرز إبرةً حتى انتهتْ إلى العَظْم، كان ما أتى به موضِّحةً، وإن كان لا يظهر العَظْمُ للنَّاظِرِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: التَّفَاوُتُ الثَّانِي فِي الصِّفَاتِ وَلاَ تُقْطَعُ الْيَدُ الصَّحِيحَةُ بِالشَّلاَّءِ، وَتُقْطَعُ

---

(١) فيه إشعار بترجيح الثاني وجرى عليه في المحرر فقال: إنه أورد الوجهين وهو المنقول عن الماوردي والغزالي وصاحب البيان.

(و) الشَّلاَّءُ بِالصَّحِيحَةِ إنْ قَنِعَ بِهَا وَلاَ يُضَمُّ إِلَيهَا أَرْشٌ، وَكَذَا ذَكَرُ الأَشَلِّ، وَشَلَلُ الذَّكَرِ أَلاَّ يَتَقَلَّصَ فِي بَرْدٍ وَلاَ يَسْتَرْسِلَ فِي حَرٍّ، وَيُقْطَعُ ذَكَرُ (ح م) الصَّحِيحِ بِذَكَرِ العِنِّينِ وَالخَصِيِّ وَالصَّبِيِّ إذْ لاَ خَلَلَ فِي نَفسِ العُضوِ، كَمَا تُقْطَعُ أُذُنُ السَّمِيعِ بِالأَصَمِّ، وَأَنْفُ السَّلِيمِ بِالأَخْشَمِ وَأَنفُ الصَّحِيحِ بِالمَجْذُومِ إلاَّ إِذَا أَخَذَ الجُذَامُ فِي التَّفَتُّتِ، وَحَدَقَةُ العَمْيَاءِ وَلِسَانُ الأَبْكَمِ كَالشَّلاَّءِ، وَتُقْطَعُ الأُذُنُ الصَّحِيحَةُ بِالمَثْقُوبَةِ مِنْ أُذُنِ النِّسَاءِ إِذَا لَمْ يَكُنْ شَيْنٌ، وَلاَ تُستَوفَىٰ كَامِلَةٌ بِأُذُنٍ مَجذُومَةٍ قُطِعَ بَعْضُهَا، وَلَوْ كَانَ أَظْفَارُ المَجْنِيِّ مُتَقَرِّعَةً أَوْ مُخضَرَةً أَوْ مَقْلُوعَةً قُطِعَ بِهَا الصَّحِيحَةُ نَظَراً إِلَىٰ كَمَالِ أَرْشِ الأَنْمُلَةِ مِنْ غَيرِ ظُفُرٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لا يَخْفَىٰ أن مُطلَق تفاوُتِ الطَّرَفَيْنِ في الصفات لا يؤثِّر، بل تقطع اليد البيضاءُ بالسوداءِ أو السليمةُ بالبرصاءِ، ويد الصانع بيد الأخرق، وإن أطلق الترجمة إطلاقاً، فالمراد الصفات التي يؤثر التفاوت فيها أو يتخيَّل تأثيره، وفيه صور:

إحداها: اليَدُ والرِّجْل الصحيحتان لا تُقْطَعان بالشلاوَيْنِ، وإن رضي به[1] الجاني، وإنما الواجبُ في الطَّرَفِ الأشلِّ الحكومةُ، وهذا كما أنَّه لا يقْتَلُ الحرُّ بالعبد، والمسلمُ بالذمِّيِّ وإن رضيَ الحرُّ والمسلمُ، ولو خالف المجنيُّ عليه، وقطع اليد الصحيحة، لم يقعْ قصاصاً، بل عليه نصْفُ الدية، فلو سَرىٰ، فعليه قصاص النفس، فإن قَطَع برضا الجانِي، فلا قصاص عند السراية؛ لأنه قطعٌ بالإذْن، ثم يُنْظر، إن كان الجاني قال: اقطع يَدِي، وأطْلَق، جعل المجنيُّ عليه مستوفياً لحَقِّه ولم يلزمه شيءٌ وإن قال: اقطعها؛ عِوَضاً عن يدك أو قصاصاً، ففيه وجهان:

أحدهما: إن على المجنيِّ عليه نصفُ الدية، وعلى الجانِي الحكومةُ؛ لأنَّه لم يبذل يده مجاناً، وهذا ما أجاب به في «التهذيب».

والثاني: أنه لا شيْءَ على المجنيِّ علَيْه وكأن الجاني أدى الجيد عن الرديء، وأخذه المستحِقُّ، وقد يتوقف في كونه مستوفياً لِحَقِّهِ عند الإطلاق فلا يبعد تنزيل الإذن المطلق على الإذن عن جهة القصاص.

وأما اليدُ الشلاَّء والرِّجلُ الشلاء، فهل يُقْطَعان بالصحيحتين، في شرح «المختصر»

---

(١) قال الزركشي: هكذا أطلقوه هنا وهو مقيد ببقاء الحياة، أما لو مات المجني عليه بالقطع فقد قال الرافعي في كتاب الاستيفاء: أنه لو سرت الجائفة وقطع اليد من نصف الساعد جاز الاقتصاص بهذا الطريق تحقيقاً للمماثلة على الأظهر عند الأكثرين. ثم قال والقولان يجريان فيما لو قطع يداً شلاء ويدا القاطع صحيحة وساعد من لا كف له والقاطع سليم هل يستوفى القصاص لليد والساعد.

للجويني: نقلُ وجهٍ عن أبي إسحاق أن الشَّلاء لا تُقْطع بالصحيحة مطلقاً؛ لأن الشرْع لم يَرِدْ بالقصاص فيها، والمشهُور أنه يراجع أهلَ البصر، فإن قالوا: إنَّها لو قُطِعت، لم ينسد فمُ العروق بالحَسْم، ولم يَنْقَطِع الدمُ، فلا يُقْطَع بها؛ لِمَا فيه من استيفاء النفْس بالطَّرَف، وللمجنيِّ عليه الديةُ وإن قالوا: ينقطع، فله قطْعها، ويقع قصاصاً، كقتل الذميِّ بالمسلم، والعبْدِ بالحر، وليس له أن يَطْلُبَ بسبب الشَّلَل أَرْشاً، وَوُجِّهَ ذلك بأن الصحيحة والشَّلاء متساويتان في الحرمة، والاختلاف بينهما في الصفة والصفة المجرَّدة لا تقابل بالمال، ولذلك إذا قُتِل الذميُّ بالمسلم، والعبدُ بالحرِّ، لم يجب لفضيلة الإسلام والحرية شيْءٌ، وشبه أيضاً بما إذا تعيب العبدَ في يد البائع، فإن للمشتري إما أن يردَّه ويستردَّ الثمن، أو يرضى به بجميع الثمن، وليس له أن يُمْسِكَ، ويستردَّ بعض الثمن.

وهل تُقْطع الشلاءُ بالشَّلاء في «المهذب» وجهٌ عن أبي إسحاق أنَّها لا تُقْطع بها لأن الشَّلَلَ علةٌ والعِلَل تختلِفُ مقاديرُها وتأثيرُها في البدن، فلا تتحقَّق المماثلة ويحكى مثْلُه عن أبي حنيفة، والمشهور أنَّهما إن استويا في الشَّلَل، أو كان الشَّلَل في يدِ القاطع أكثرَ، فتقطع بها، والشرط أن لا يخاف نزْفُ الدم، على ما ذكَرْنا وإنْ كان الشَّلل في يد المقطوع أكثرَ، فلا يُقْطَع بها، قال الإمام: لأن تفاوتهما في الشلل يوجب التفاوُتَ في البدل، فلا تتحقق المقابلة، ويحكى مثله عن أبي حنيفة، والمشهُور أنه إذا اختلفت نسبةُ الطرفَين إلى الجُمْلَتَيْنِ، لم يجب القصاص، وما المراد من الشلل في اليد والرجل؟ عن الشيخ أبي محمَّد: أن الشلَل زوالُ الحسِّ والحركةِ، ولذلك تُسمَّىٰ اليدُ الشلاءُ ميِّتةً، وقال الإمام: لا يُشْترط زوال الحسِّ بالكلية، وليست الشلاءُ ميتةً؛ ألا ترى أنَّها لا تنتن، وإنما الشلَلُ بطلانُ العمَلِ حتى تصير اليدُ بحيث لو أعمَلَها صاحبُها كان كإعمال آلةٌ من الآلات.

ولا أثر للتفاوت في البطش بل تُقْطَع يد الأيْد بيد الشيخ الذي ضَعُفَ بطشُه، لكن لو كان النقصانُ بجناية؛ بأن ضرب إنسان على يده، فنقص بطشه، وألزمناه الحكومة، ثم قَطَع تلْكَ اليَدَ رَجُلٌ كاملُ البطش، فقد حكى الإمام أنه لا يُقْطَع يده بها؛ وأنه لا تجب عليه ديةٌ كاملةٌ على الأصح، وهذا كما مرَّ أن من صار إلى حالة المحتضرين وحَزَّ حازٌّ رقبته، يلزمه القصاص، بخلاف ما لو انتهَىٰ إلى تلْك الحالةِ بجنايةِ جان [فلا قصاص على حازه].

وتقطع يد السليم ورِجْله بيد الأعسم، ورِجْل الأعرج؛ لأنه لا خَلَل في اليد والرِّجل، والعسم تشنج فِي المرْفق، أو قِصَر في الساعد أو العَضُد، وقيس به العَرَجَ.

ولا اعتبار باخضرار الأظفار، واسودادها، وزوال نضارَتِها، فإن هذه الأحوال علَّةٌ ومرضٌ في الظفر، والطرف السليمُ يستوفى بالعليل، وأما التي لا أظفارَ لها، فالَّذي ذكره أصحابنا العراقيُّون وغيرهم: أنه لا تُقْطع بها السليمةُ الأظفار وأنَّها تُقْطَع بالسليمةِ،

وكذلك حكاه الإمام عنهم منسوباً إلى النص، وهو موافق للنصِّ الذي حكيناه فيما إذا اختص رأس الشاج بالشعر على موضع الموضحة، لكن الشيخ أبي حامد وغيره: أنه يكمل فيها الدية، فقال الإمام، على سبيل الاحتمال: القياس جريانُ القصاص، وإن عدمت الأظفار؛ لأنها زوائدُ ولو لم يَجُزْ القصاصُ، لَمَا تمتْ دية اليد، ولا الأصبع الساقطة الظُّفُر، وجرى صاحب الكتاب على ما أبْدَاه الإمام احتمالاً وترك المنقول الظاهر، ووَفَّىٰ صاحب «التهذيب» بقياس المنقول عن القصاص، فقال: ينقص عن الدية شيْءٌ وكما لا تُقْطَع اليد الصحيحة بالشلاء، لا تقْطَع بالتي فيها أصبع شلاء، ولا يجير الشَّلَلُ في أصبع بالصحة في أخرى، فلا يجري القصاص في الكوع بين اليد التي مَسَبِّحَتُها شلاء، والتي وسطاها شلاء، فإن استويا في الشلل، فهما كالشلاوين.

فرْعٌ: سليم اليد إذا قَطَعَ يداً شلاء، ثم شَلَّتْ يَدُهُ، ذكر الإمام أن شيْخَه قال: خرَّج القفَّالُ قولَيْن في الاقتصاص منه، ثم رجَعَ، وقطع بالمنع وهو الذي رآه الإمامُ مَذْهَباً والجواب في «التهذيب»: أنه يقتص منه، وكذا لو قطع يداً ناقصةً بأصبع، ثم سقَطَتْ تلك الأصبع من القاطع، بخلاف ما لو قَطَع ذميٌّ حرٌّ يدَ عَبْدٍ، ثم نقض العهد فسبى، واسترق، لا تقطع، ولو قتله، لا يقتل، وفرق بأن القصاصَ هناك امتنع لِعَدَم الكفاءة، والكفاءة تراعي حال الجناية؛ ألاَ تَرَىٰ أنه لوْ قتل ذميٌّ ذمياً أو عبدٌ عبداً، ثم أسلم القاتل، أو عتق، يقتص منه، والامتناع ها هنا لزيادةٍ محسوسةٍ في يد القاطع والاعتبار فيها بحالة الاستيفاء، فإذا زالَتْ، قطع ولذلك لو قَطَع الأشلُّ يداً شلاَّء، ثم صحَّت يد القاطع، لا يقتص منه؛ لوجود الزيادة عند الاستيفاء، قال: وكذلك اليدُ بأظفارها لا تُقْطع بالتي لا أظفار لها، فلو سقَطَتْ الأظفار القاطع، قُطِعَتْ بها، واليد التي لا أظْفار لها تُقْطَع بمثلها، فلو نبتَتْ أظفارُ القاطِعِ لم تقطع لحدُوث الزيادة.

الثانية: يجب في قطع الذَّكَر، وفي قطع الأنثيين أو في شَلِّهما القصاصُ، ولو دق خصيتيه، ففي «التهذيب» أنه يقتص بمثله، إن أمكن، وإلا وجَبَتِ الديةُ ويشبه أن يكون الرِّقُّ ككسر العظام، ولو قطع أو أشل إحدَىٰ الأنثيين[1]، وقال أهل البصر: يمكن القصاص من غير إتلاف الأخرَىٰ اقتص، وذكر القاضي الرويانيُّ: أن الماسرجسيَّ قال: إنه ممكن، وأنه وقع في عهْدِه لرجُلٍ من أهل فراوه وفي قطْع الذكر والأنثيين جميعاً القصاصُ سواء قطْع العضوَيْنِ معاً أو على الترتيب.

وعند أبي حنيفة إنْ قطعهما معاً أو الذَّكَرَ أولاً، ففيهما القصاص، وإن قطع

---

(١) وهذا تحريف غير متعقل إذ الأنثيان لا يمكن إشلالهما، ولو تصور فلا قصاص في الإشلال إذ لا يمكن التماثل فيه على المذهب.

الأنثيين أوَّلاً، فلا قصاص في الذَّكر بناءً علَىٰ أن عنده لا تُقْطع ذكَرُ الفحْل بذَكَر الخصيِّ.

والقول في قطْع ذكَرِ الصحيح بالأشلِّ وبالعكس، والأشل بالأشل على ما ذكَرْنا في اليدِ والرِّجل، وشَلَلُ الذكَر بأن يكون منقبضاً لا ينبسط، أو منبسطاً لا ينقبضُ، هذه العبارة هي المتدَاوَلَة في الأكثر، ويقالل: الذكَرُ الأشلُّ الذي لا يتقلَّص في البردْ، ولا يسترسلُ في الحَرِّ، وهما راجعانِ إلى المَعْنَىٰ الأول، أي لا يتَأثَّر بالبَرْد والحرِّ تقلُّصاً واسترسالاً، بل [يبقى][1] على هيئة واحدةٍ ولا اعتبار بالانتشار وعدمه، ولا بالتفاوت [في] القوة والضعف، بل يقطع ذكَر الفحْل الشابِّ بذكر الخصيِّ والعِنِّين والشيخ، لأنه لا خلَل في نفْس العضْو، وتعذر الانتشار لضَعْف في القلْب أو الدِّمَاغ.

وعند أبي حنيفة ومالك وأحمد: لا يُقْطَع ذكر الفحل بذَكَر الخصيِّ والعنين، ولا فرق بين الأقْلَفِ والمَخْتُون، والجلْدة الزائدةُ حقُّها أن تكون زائدة زائلَةً.

الثالثة: تقطع أذن السميع بأذن الأصمِّ، وبالعكس؛ لأن السمع لا يحل حرم الأذن، وإنما هو سبيل السمع وآلته، وفي «جمع الجوامع» للرويانيِّ: أن مالكاً ذهب إلى أنه لا تقطع أذن السميع بأذن الأصم، وفي قطْع الأذنِ الصحيحةِ بالمستَحْشَفَة قولان:

أحدهما: لا تقطع، كما لا تقطع اليدُ الصحيحةُ بالشلاء.

والثاني: تُقْطَع، البقاء الجمال فيها وبقاء المنفعمة من جمع الصوت، وردِّ الهوامِّ، بخلاف إليه الشلاء[2]، قال في «العدة»: وهذا أصحُّ، والقول في الاستحسان يعود في الديات، ولا فرق بين المثقوبة وغيرها، إذا كان الثُّقْب للزينة، ولم يورث شيئاً ونقصاناً، فإن أورث نقصاناً، فلتكن المنقولةُ كالمخرومة، فلا تُقْطع الصحيحةُ بالمخرومة، وهي التي قطع بعضها، ولكن يُقْطَع منها بقَدْر ما كان قد بَقِيَ من المخرومة وهذا إذا قلْنا: يجب القصاصُ في بعْضِ الأذنِ، على ما سبق، وإن شُقَّت مِنْ غَيْر أن يبان منها شيْءٌ، فقد نقل الإمام عن العراقيِّين؛ أنه لا تُقْطَع الصحيحةُ بها أيضاً، لفوات الجمال فيها،

---

(١) في ز: يكون.

(٢) قال الشيخ البلقيني: فيه اعتراض بأمور:

الأول: إن البغوي والرافعي وغيرهما صححوا أن الواجب على من جنى على أذن فاستحشفت الدية لا الحكومة وأن الواجب على من قطع المستحشفة الحكومة فكيف يحسن تصحيح قطع الصحيحة بها.

الثاني: إن في جملة العلة هنا، رد الهوام، وهذا مخالف لما ذكره الرافعي في كتاب الديات من أن منع الهوام يسقط بالاستحشاف.

قال: ولست أرى الأمْرَ كذلك؛ لبقاء الجرم بصفة[1] الصحة، وتقطع المخرومة بالصحيحة، ويؤخذ من الدِّية بقدر ما كان قد ذهب من المخرومة.

الرابعة: تُقْطَع أنف الصحيح بأنف الأخشم؛ لأن الشم ليس في جرم الأنْفِ وهل يقطع أنفُ السليم بأنف المجذوم قال في «التهذيب»: إن كان في حال الاحمرار قُطِع به، وإن اسودَّ، فلا قصاص لأنه دخل في حد البلى وإنما الواجب فيه الحكومة، ولم يفرق وقالوا: عامة الأصحاب بين الاحمرار والاسوداد وقالوا: يجب القصاص مَا لَمْ يسقطْ منه شيْءٌ، ولا يجعل استحكام العلَّة واليأس منْ زوالها منزلةَ الشَّلَلِ في اليدِ؛ لأن منفعة اليدِ تبطل بالشَّلَل، وأصل الجمال والمنفعة في الأنف باقٍ ما بقيَ جرمه، أما إذا سقط منْه شيْءٌ، فلا يقطع به الصحيح، ولكن يقطع منه بقَدْر ما كان قد بَقِيَ من المجنيِّ عليه إن أمكن، وإن كان بأنف القاطِع نقصانٌ مثْل نقصان أنف المجذوم جَرَىٰ القصاص.

قال الإمام: وظن بعض الأصحاب أن الشافعيَّ ـ رضي الله عنه ـ أسقَطَ القصاصَ فيه، إذا سقط منه شيءٌ بالجذام، وإن كان نقصان أنْفِ القاطعِ مثْلَ نقصانه وهو غلَطٌ.

الخامسة: لا تؤخذ العيْنُ الصحيحةُ بالحدقة العمياء، والصورة القائمة من الحدقة كاليد الشلاء وتؤخذ القائمة بالصحيحة، إذا رضي المجنيُّ عليه به، ويقطع جفْن البصير بجفن الأعمى؛ لتساوى العضوَيْن في الجرم والصحة، وفقد البصر ليس في الجَفْن.

السادسة: لسان الناطِقِ لا يُقْطَع بلسان الأخرس؛ لأن النطق في جرم اللسان، واللسان العاطلُ كاليد الشلاء، والحدقة القائمة كأذن الأصم، وأنف الأخشم، ويقطع لسان الأخرس بلسان الناطق، إذا رضي به المجنيُّ عليه ويقطع لسان المتكلِّم بلسان الرضيع، إن ظهر فيه أثر النُّطْق بالتحريك عند البكاء وغيره، وإلا لم يُقْطَع.

وعند أبي حنيفة: أنه لا يُقْطَع به حالٍ، وإن بَلَغ، أو آن المتكلم ولم يتكلَّم، لم يقطع به لسان المتكلم، وقد وقع في ترتيب صور الكتاب بعض التقديم والتأخير للحاجَةِ، وليعلم قولُه: «وتُقطع الشَّلاءُ بالصحيحة» للوجه المُعْزَىٰ إلى أبي إسْحَاق.

وقوله: «ولا يضم إليها أرشٌ» مغنٍ عن قوله: «إن قنع بها»، والشرط أن لا يخاف نزْف الدم، كما بيَّنَّا، ولم يتعرَّض له.

وقوله: «ويقطع ذكر الصحيح» مُعْلَم بالحاء والميم والألف.

وقوله: «كما تقطع أُذُنُ السميع» بالميم.

وقوله: «إلا إذا أخذ الجذام في التَّفتُّت» أي فلا يقطع به الصحيح كلُّه، وإنما

---

(١) قال النووي: هذا الذي قاله الإمام ضعيف.

يقطع قِسْطُ الصحيح بما بقي من المجذوم عند الإمكان، وقوله: «وحدقة العمياء» الأقوم بهذه اللفظة «والحدقة العمياء» لا حدقة العمياء وكلٌّ يوجد في النسخ.

وقوله: «كالشلاء» يعني اليد الشلاء. قوله: «من أُذُنِ النساء» لا اختصاص لمسألة الأُذُن المثقوبة بالنساء، لكنه فيهن أغلَبُ، فلذلك ذكر «أذن النساء».

وقوله: «إذا لم يكن شيْنٌ» أي لم يحدُث به شين ولفظ «الوسيط» إذا لم يُرِث الثُّقب شيناً، كأذن النساء. وقوله: «قُطِعَ بعضُها» كالتفسير للمجذومة.

وقوله: «ولو كانت أظفار المجني عليه متَقَزِّعَة» قد تقرأ الزاي، يقال: تَقَزَّع القوم أي تفرَّقوا، وهي التي لم تبْقَ ملاستها واستواؤها، وصارت كالقِطَع المتفرِّقة، وقد تُقْرأ بالراء ويجعل «مُتَفَعِّلاً» من القَرْع، وهو الإصابة، كأنه أصَابها شيْءٌ بعْد شيءٍ في الأعمال الشاقَّة، حتى تقرَّعت وتفرجت، والجواب المذكور في المقلوعة خلافُ ظاهرِ المذْهَبِ، كما عرفْتَ، ويجوز أن يُعْلَم لفظ «الكمال» من قوله: «إلى كمال أرش الأنملة من غير ظفر» بالواو.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **وَلَوْ قُطِعَ أُذُنُهُ ثُمَّ ٱلْتَصَقَ فِي حَرَارَةِ الدَّمِ لَمْ يَسْقُطِ القِصَاصُ، وَوَجَبَ قَطْعُهُ إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ نَجِسٌ، وَلاَ يُقْلَعُ سِنُّ البَالِغِ بِسِنِّ الصَّبِيِّ الَّذِي لَمْ يُثْغِرْ، وَكَذَا إِذَا فَسَدَ مَنْبِتُ الصَّبِيِّ لَكِنْ عَلَى أَحَدِ القَوْلَيْنِ، لِأَنَّ سِنَّ الصَّبِيِّ فَضْلَةٌ فِي الأَصْلِ وَسِنُّ البَالِغِ أَصْلِيٌّ، وَإِنْ أَعَادَ سِنُّ البَالِغِ فَفِي سُقُوطِ القِصَاصِ قَوْلاَنِ، وَلَوْ عَادَتِ المُوضِحَةُ مُلْتَئِمَةً لَمْ يَسْقُطِ القِصَاصُ، وَلَوْ قَطَعَ فَلْقَةً مِنْ طُولِ لِسَانِهِ فَعَادَ فَهُوَ مُتَرَدِّدٌ بَيْنَ المُوضِّحَةِ وَٱلسِّنِّ، فَإِنْ حَكَمْنَا بِسُقُوطِ القِصَاصِ وَكَانَ قَدِ ٱسْتَوْفَاهُ لَزِمَهُ الدِّيَةُ، وَإِنْ كَانَ العَائِدُ سِنَّ الجانِي فَهَلْ يَقْلَعُهُ عَلَى هَذَا القَوْلِ ثَانِياً وَثَالِثاً إِلَىٰ إِفْسَادِ المَنْبَتِ فِيهِ وَجْهَانِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه مَسْألتان:

إحداهما: إذا قطع أذُن إنسانٍ، فألصقها المجنيُّ عليه في حرارة الدَّم، فالتصقت، لم يسقط القصاصُ، ولا الدية عن الجانِي؛ لأن الحُكْم يتعلَّق بالإبانة، وقد وجدتُ ثَمَّ ذكَرَ الشافعيّ ـ رضي الله عنه ـ والأصحابِ: أنه لا بدَّ من قطع المُلْصَق؛ لتصح صلاته، وسببه نجاسة الأذن المبانة في نفسها، إن قلْنا: إنَّ ما يبان من الآدميِّ نجسٌ، وإن لم نقل به، فالسبَبُ أن الدمَ قد ظهر في محلِّ القطع، وثبت له حكْم النجاسة، فلا يزول بالاستبطان، ويجيء فيه ما مرَّ في «كتاب الصلاة» في وصْل العَظْم النَّجس بالعَظْم، والتفصيل بين أن ينبت اللحم على موضِعْ النجاسة أوْ لا ينبت، وبين أن يخاف المُتْلف من القَطْع أو لا يخَاف، ولو قطَعها قاطعٌ، فلا قصاص عليه، إذا كانتْ مستحقة الإزالةِ، وإن لم نوجب إزالتها لخوف التلف مثلاً، فسرى قطْع القاطع إلى النفْس، فقد حكى

الإمام عن المحقِّقين أن علَيْه قِصاصَ النفسِ، ولم يستبعد خلافه؛ لأن اختلاف العلماءِ في وجُوب القصاص بجوز أن يصير شبهة دارئة للقصاص، ثم هي، وإن كانت مستحقَّة القطع، فليس للجاني أن يَقُول: أبينوا أذنه ثم أبينوا أُذُنِي، فإن مِنْ قِبَلِ الأمر بالمعروف، لا اختصاص له به، والنظر في مثله إلى الإمام، ولو اقتص المجنيُّ عليه، فألصق الجاني أذُنَه، فالقصاص حاصلٌ بالإبانة، وقَطْع ما أُلصِقَ بعد الإبانة، لا يختص به المجنيُّ عليه، ولو قطع بعْض إذنه، ولم يُبِنْ، ففي القصاص في ذلك القَدْر خلافٌ سبق، وذلك إذا بقي غيْر ملتصق، أما لو ألصقه المجنيُّ عليه، فالتصق، سقَطَ القصاصُ والديةُ عن الجاني، ورجع الأمر إلى الحكومة كالإفضاء، إذا اندمل، تسقُطُ الدية، ولذلك نقول: لو جاء آخر، وقَطَع الأذن بَعْد الالتصاق، يلزمه القصاصُ أو الديةُ الكاملةُ، هذا أصحُّ الوجهين والمحكيُّ عن النص.

والثاني: عن صاحب «التقريب» أنه لا يسقط القصاص في القَدْر المقطوع، كما لا يَسْقُط قصاص الموضِّحة بالاندمال، ولو وإن كان قد أوضَحَ آخَرُ، يلزمه القصاص، ولا يجب قَطْع الملصق قبل تمام الإبانة، هكذا أطلقوه، وهو ظاهِرٌ إن بنينا وجوبَ القطْع على نجاسة المبان بالإبانة، وغير ظاهر، إن بنيناه على ظهور المَوْضِع والدمِ النجس علَيْه ولو استأصل أذنه، وبقيت متعلِّقة بجلْدة، فلا خلاف في وجوب القصاص؛ لإمكان رعاية المماثلة، وقد ذكْرنا نحواً منه، لكن لو ألصقَهَا المجنيُّ عليه، فالتصقت، لم يجب قطْعُها، وفي سقوط القصاص عن الجانِي هذا الخلاف، ولو أبان أذنه، فقطع المجنيُّ عليه بعْضَ أذنِه مقتصاً، فألصقه الجاني، فللمجنيِّ عليه أن يعودَ، فيَقْطع؛ لاستحقاقه الإبانَة.

وربط السنِّ المقلوعة في مكانِها وثبوتها كإلصاقِ الأُذُن المقطوعة والتصاقها.

المسألة الثانية: في السنِّ القصاصُ، وإنما يجب عند القلْع، فأما إذا كسر سن غيره، فلا قصاص؛ بناءً على الأصْل الذي تقدَّم: أنه لا قصاصَ في كسْر العظام؛ لأنه لا يمكن حفْظ المماثلة فيه؛ ذكره صاحب «التهذيب» وغيره، وحكى القاضِي ابن كج عن نصه ـ رضي الله عنه ـ في «الأم»: أنه إذا كَسَر بعض سنه، يراجع أهل الخبرة، فإن قالوا: يمكن استيفاء مثله بلا زيادة، ولا صدع في الباقي، اقتص منه، وهذا ما أورده الشيخ أبو إسحاق في «المهذب»[1] وقد يوجه ذلك بأن السِّنَّ عَظْم مشاهدٌ من أكثر

(١) قال في الخادم: ليس فيه تصريح بترجيح لكن جزم في المحرر بما قاله البغوي وتبعه في المنهاج والصواب ما حكاه ابن كج لأنه قول صاحب المذهب وبه جزم الماوردي والمتولي في التتمة وصور بعضهم الإمكان بأن يكون قد كسر نصفها بالطول. انتهى ما أردته منه، وما ذكر أنه قول صاحب المذهب نقله شيخه البلقيني عن نص الأم وساق النص.

الجوانب، ولأهل الصنعة آلات قطَّاعة يُعْتَمَدَ عليها في الضَّبْط، فلم تكن كسائر العظام، ولا تُؤخَذ السنُّ الصحيحةُ بالمكسورةِ، وتُؤخذ المكسورةُ بالصحيحة، مع قِسْط الذاهب من الأرْش، وتُؤخَذ الزائدةُ بالزائدةِ بالشرط الذي سبَق، ولو قَلَع سنَّ رجُلٍ، وليس للجاني تلك السنُّ، فلا قصاص، وتُؤخَذ الديةُ، فلو نبتت بعد ذلك، فلا قصاص أيضاً؛ لأنها لم تكنْ موجودةً يوم الجناية، ونظيرُهُ مَنْ أوضَحَ، واقتص، واندملت جراحته، ولم تنْدَمِلْ جراحَةُ الشاجِّ، وأوضح في ذلك الموضع ثانياً، ثم اندملتْ جراحةُ الشاجِّ، قال الرويانيُّ في «التجربة»: والذي يجيْء على المذْهَب؛ أنَّه لا يقتص منه؛ لأن مَحَلَّ القصاصِ لم يكُنْ موجوداً يومئذ، ثم إذا قلع سن غيره، فذلك يفرض على وجوه:

أحدها: إذا قلَع مثغورٌ سنَّ صبيٍّ، لم يثغر، فلا يوجد في الحال قصاصٌ ولا دية لأنها تنبت وتعود غالباً، فإن نبتت، فلا قصاص ولا دية، ولكن عليه الحكومة إن نبتت سوداءَ أو معوجةً أو خارجة عن سمت الأسنان، أو بقي شَيْنٌ آخَرُ بعد النبات، وإن نبتت أطولَ ممَّا كانَتْ أو نبَتَ مَعها ساغية[1]، فكذلك في أشبه الوجهَيْن، وإن نبتت أقصر ممَّا كانتْ، وجَب بِقَدْرِ النقصان من الأرْش، فإن جاء وقتُ نباتها بأن سقطت سائر الأسنان، وعادت، ولم تنبت المقلوعة، أُرِيَ لأهلْ البصير، فإن قالوا: يتوقع نباتها إلى وقت كذا، توقفنا تلْك المدة، فإن مضت، ولم تنبت، أو قالوا: قد فسد المنبت، ولا يتوقع النبات، فقد حكى صاحب الكتاب فيه قولَيْن.

أحدهما: لا يجبُ القصاصُ؛ لأن سِنَّ الصبيِّ فضلةٌ في الأصل نازلةٌ منزلةَ الشعْر الذي ينبت مرَّة بعد أخرى، وسن البالغ أصلية.

والثاني: يجب؛ لأنه قَلَع السِّنَّ الحاصلة في الحَالِ، وأفْسَد المنبت، فيقابل بمِثْلِه، وهذا الثاني هو الذي أوردَهُ الجُمْهور مقتصرين علَيْه، وليس لهم ذكْر القولَيْن، حتى لَمْ أره في كتاب الإمام، إلا أنه يُعَدُّ ما نقل إطلاق الأصحاب من القول بوُجُوبِ القصاص.

قال: وفي القلبِ منه شيْءٌ، لأن غير السِّنِّ من المثغور عُضْوُ قصاص، ومن غير المثْغُور ليس عُضْوَ قصاص، فلا يتَّجه فيهما المقابَلَة، ثم إذا أوجبْنا القصاص، فالاستيفاء إنَّما يكون بعْد البلوغ، فإنْ ماتَ الصبيُّ قبل البلوغ، اقتص وارثه أو أخَذ الأرْشَ، وإنْ مات قبل حصول البأس وتبين الحال، فلا قصاص، وفي الأرْشِ وجهان، وهذه الصورة مذكورةٌ في الكتاب في «الديات».

والثاني: إذا قلع مثْغورٌ سنَّ مثغورٍ، فلا كلام في تعلُّق القصاص به، لَكِنْ لو نبتَت

---

(١) السن الساغية: هي الزائدة على الأسنان والمخالفة لنبتة غيرها.

سنُّ المجنيِّ عليه، ففي سقُوطِ القصاص قولان:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة وأحمد: أنه يسقط القصاص؛ لأن ما عاد قائم مُقَامَ الأوَّل، فكأنه لم يَفُتْ، فصار كما لو عَادَ سن غير المثغور.

والثاني: لا يسقط، وهو اختيار المزني؛ لأنه لم تجر العادةُ بنبات سنٍّ من المثغور، وما اتفق نعمةً وهبةً جديدةً من الله تعالى، فلا يسقط به حقُّه على الجاني، وكلامُ الأئمَّةِ إلى ترجيح هٰذَا القوْل أمْيَلُ، وقد صرَّح به صاحب «العُدَّة» وسواء قلْنا: يسقط أوْ لا يسْقُط فلا ينتظر العود بل للمجنيِّ عليه أن يَقْتصَّ أو يأخذ الدية في الحال؛ لأن انتظار ما هو في غاية الندرة مستبعدٌ، ومنهم مَنْ يقول: إن قلْنا بالسقوط، فيراجع أهْل الخبرة، [فإن] قالوا: قد تَعُود إلى مُدَّة كذا ينتظر تلْك المدة، ويكون الحُكْم كما ذكرنا في غير المثْغُور، ولو التأمت الموضِّحة، والتحمَتْ، لم يسقط القصاص ولا الدية؛ لأن العادة المستمرَّة فيها الالتحامُ والغذاء يستحيل لحماً، فلو جعلْنا الالتحام مغيراً لموجبها قَصاصاً ودية؛ لاَخْتصَّتِ المؤاخذةُ بما إذا بقي العظْم بارزاً، وصارت مُعْظم المواضِحِ هَدَراً، وكذلك الحُكْم في الجائفة.

وعن صاحب «التقريب» وجه أنَّها إذا التحمت، زالَ حُكْمها، ورأى الإمام تخصيصَ هذا الوجه على ضعْفه بما إذا نفذَتِ الحديدة في الجَوْف، وحصل الخَرْق من غَيْر زوالِ لَحْم من البدن دون ما إذا زال شيْءٌ، ونبت لحْمٌ جديدٌ، ورأى طَرْدَه في مثْلِها في الموضِّحة أيضاً، ولو قَطَع لسانَ إنسانٍ، فنبت، ففي سُقُوط القِصَاص طريقان.

أحدهما: أنَّه على القولَيْن في عوْد السِّنِّ.

وأصحُهما: القطع بالمنع؛ لأن عوْده بعيدٌ بمرةٍ، فإن اتفق، فهُو محضُ نعمةٍ من الله جديدةٍ، وجنسُ السنِّ يعتاد فيه العَوْد، فلا يبعد أن يُلْحَقَ نوع منه بنوع.

التفريع على القولَيْن في عود السن.

إذا اقتصَّ المجنيُّ عليه أو أخذ الأرْشَ، ثم نبت سنُّه، فليس للجاني قلْعُها، وهل يُستَرَدُّ الأرْشِ، إن أخذ المجنيُّ عليه الأرش؟ فيه وجهان أو قولان، إن أقمنا العائدَ مُقَامَ الأوَّل، فنعم، وإن جعلْناه هبةً محددةً فلا، وهذه الصورةُ مذكورةٌ في الكتاب في «الديات» وإن كان المجنيُّ عليه قد اقتصّ، فهل يطالبه الجانِي بأرْش السنِّ ينبنىٰ على هذا الخلاف، وعن رواية صاحب «التقريب» عن أبي الطيِّب بن سلمة: أنه لا يُطالب في صورة الاقتصاص بشَيْء؛ لأن استرداد الأرْش المدفُوع ممكنٌ بخلاف القصاص المستوفَىٰ، وهو ضعيفٌ، ولو تعدَّى الجاني، فقَلع السنَّ العائدةَ، وقد اقتص منه، فإن أقمْنا العائدَ مُقامَ الأول، فعليه الأرْش بهذا القَلْع؛ لتعذُّر القصاص، وقد وَجَبَ له على

المجنيِّ عليه الأرشُ بالعود، ففيه الكلام في التقاصِّ، وإن جعلناه هبةً مجددةً، فعليه الأرش للقلع في الثاني، وقد استوفى موجِب الأول بالقِصاص، وعلى هذا القَوْلِ؛ لو لم يقتصَّ منه أوّلاً أو أخذ الأرش، فللمجني عليه أن يقتص، للقلع الثاني، ولو لم يقتصَّ، ولا أخَذَ الأرش، فعليه قصاصٌ وأرش أو أرشان، وإذا اقتصصنا من الجانِي، فعاد سنُّه دون سنِّ المجنيِّ عليه، فإن أقمْنا العائدَ مُقام الأوَّل، فهل للمجنيِّ عليه القلْع ثانياً؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، لأنه قابل قلعاً بقلع، فلا تُثنَّى عليه العقوبة، لكن له الأرش، لخُروجِ القلع الأول عن أن يقع قصاصاً، وكأنه تعذَّر القصاص بسبب من الأسباب.

والثاني: نعم؛ لأن الجاني أَفْسَدَ منبته فيُكرِّر عليه القلْع إلى أن يفسد منبته، وإن جعلْناه هبة مجددة، فلا شيء للمجنيِّ عليه، وقد استوفَىٰ حقه بما سبق، وهذا هو الأظهر، ولو اقتصَصْنا، وعاد سن الجانِي والمجنيِّ عليه معاً، فلا شيء لواحد منْهما على الآخر باتفاق القولَيْن، أما إذا أقمنا العائدَ مُقامَ الأول، فكأنه لا جناية ولا قصاص، وأما إذا جعلْناه هبةً مجددةً، فقد وفَّيْنا بموجب الجناية بالاقتصاص، ثم إنَّ اللهَ تعالى أنعم عليهما بنعمتَيْنِ جديدَتَيْن.

قال الإمام: ومَنْ بَدِيعِ التفريع إفضاء قولَيْن مختلفَيْنِ إلى مقْصُودٍ واحدٍ.

والثالث: إذا قلَع غيرُ مثغور سنَّ مثغورٍ، ذكر القاضي ابن كج؛ أن المجني عليه يأخُذ الأرشَ، إن شاء، ويقتص [إن شاء، وليس له مع القصاص شيْءٌ آخر، كما في أخذ الشَّلاَّء بالصحيحة][1] وهذا، إذا كان غير المثْغور قدْ بَلَغ، وإلا فلا قصاص وفي «أمالي» أبي الفرج: أنَّه يقال له: إن قلعْتَ سنَّه الآن، فالظاهر منها العَوْد، فاصْبِرْ إلى أن يصير مثغوراً، فإن استعجل، أجيب، وشرط عليه أنه لا حَقَّ له [عليه] فيما يعود.

والرابع: إذا قلَع غيرُ مثغورٍ سنَّ من غيرِ مثغورٍ، فلا قصاص في الحال؛ لأن الغالب في السن المقلوعة النبات، فإن نَبَتَتْ، فلا قصاص ولا دَية، على ما ذكرنا في قلْع المثغور سنَّ غير المثغور، وإن لم تَنبت، وقد دخل وقته، فللمجنيِّ عليه أن يأخذ الأرْش، ويقتص، فإن اقتص، ولم يعُدْ سن الجانِي، فذاك، وإن عادَتْ، فهل يقلع ثانياً؟ فيه وجهان:

أظهرهما: على ما ذكر الإمام: نعم.

وقوله في الكتاب: «ولا يقلع سن البالغ بسن الصبي الذي لم يَثْغر» ولا يخفى أن

---

(١) سقط من: ز.

المراد المَثْغُور وَغير المثغور، وأن التعرُّض للبالغ والصبيّ جَرَىٰ على العادة الغالبة في الحالَتَيْنِ، ويقال: ثَغَرَ الصبيُّ إذا سقطت رواضعه فهو مثغور، فإذا نبتَتْ قيل بالتاء على الإدغام بعْد قلب الثاء تاء «وأثغر» إظهاراً للحرف الأصلي وقوله: «ولو قطع فلقة من طول لسانه». المسألة لا تختصُّ بالفلْقة بل الحُكْم في جميع اللسان كذلك، إلا أنَّ عوْدَ جميع اللسان أبعدُ عن التصوُّر، ففَرَضَ في الفلقة، واتَّبَعَ فيه الإمام.

وقوله: «وكان قد استوفاه، لزمه الدية» يجوز إعلامه بالواو.

فرُوعٌ: وإن نبتت، قلتَ: أصل المستحبّ في قصاص الجروح والأطراف التأخيرُ إلى الاندمال واستقرار الجناية، وظاهر المذْهَب أن المستحِقّ، لو طلب القصاصَ في الحال، يجاب ولا يؤخر إلى الاندمال، والظاهر على ما ذكر صاحب «التَّهذيب» وغيره: أنه لو طالب بالمال، لا يجيبه ويُنْظَر إلى الاندمال، قال: والفرق أن القصاص في تلْك الجراحةِ، وفي ذلك الطَّرَف ثابت للمجنيِّ عليه، وإن سرَتِ الجراحةُ إلى النَّفْس أو شارَكَ غيره في الجُرْح، والمال لا يَتقدَّر، فقد تعود الديتَان فيما إذا قَطَع يديه ورجَلَيْه إلى دِيَة واحدةٍ بالسراية، وقد يشاركه واحدٌ أو جمْعٌ، فيقل واجبه، وإذا لم يتيقن قدْر الواجب، لم يؤخذ، وفي كل واحدٍ من القصاص والمال خلافٌ، وفي كيفية الخلاف طرقٌ.

أحدها: أن فيهما جميعاً قولَيْن بالنقل والتخريج، ونَصُّه في القصاص أنَّه يعجِّله وفي المال أن لا يُعجِّل.

أحدهما: أن يُستوفَىٰ ما يطلُبُه المجنيُّ عليه منهما؛ لوجود الجناية الموجِبَة.

والثاني: المنْع إلى أن تستقر الجناية بالاندمال.

والثاني: قَطَع بعضُهم في القَصاص بأنهُ يعجِّل قالُوا: والنص في المال أنه لا يُؤخَذُ قبل الاندمال، ونصَّ فيما إذا جنى السيد على مكاتَبه على أنه يعجِّل الأرش، ليصرفه إلى النُّجُوم، فحصل من النصيْنِ قولانِ في تعجيل المال.

والثالثُ: قطَع آخرونَ بأنَّه يُعجِّل القصاص، ولا يعجل الماء إلا في مسألة المُكَاتَب، والفرْق أن المكاتَبَ يخاف سقُوط المالِ؛ بأن يموت رقيقاً أو يعْجز، والحرُّ لا يخاف سقوطه، وأيضاً فالكتابة موضوعةٌ على تعجيل العتق ما أمكن، وكذلك لو عجَّل المكاتَبُ النجْمَ قبل المحلِّ، يُجْبر السيد على القَبُول، وفي سائر الديون المؤجَّلة تفصيلٌ وخلافٌ، وإذا قلْنا: يعجل المال قَبْلَ الاندمال، ففي قَدْرِهِ وجهان:

أحدهما: وبه قال أبو إسحاق لا يُعجِّل إلا ديةَ نفْسٍ؛ لأن احتمالَ السرايةِ قريبٌ ليس بنادرٍ، فبتقدير السراية لا يَجِبُ إلا دية نفْس.

والثاني: تجب أروش الجراحات ودياتُ الأطرافِ، كما كانت؛ لأن أسبابها

حاصلةٌ ونقصانها بالسراية غير محقَّق، فإن اتفقتِ السرايةُ استردَدْنا الزيادةَ، وحكى الإمام وجهَيْن عن الصائرين إلى التعجيل في «مسألة المكاتَب» في أنه هل يخص الحُكْم بما إذا كان المالُ المأخوذُ وافياً بالنجوم أو بما بَقِيَ منها أو يعمِّم قال: ولو كانتِ الجراحةُ جراحةَ حكومةٍ، فلا بد من التوقُّف إلى تبيُّن العاقبة، وعن بعض الأصحاب فيما رواه الشيخ أبو محمَّد: أنه يُؤخَذ أقلُّ ما يُفْرض حكومةً لتلْك الجراحة، وعند أبي حنيفة [ومالك وأحمد]: لا يستوفى قصاص الطرف قبل الاندمال، بناءً على أصْلِهِمْ؛ أنه إذا صارت الجنايةُ نفساً، سقَطَ قصاصُ الطَّرَف.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: التَّفَاوُتُ الثَّالِثُ فِي الْعَدَدِ فَإِنْ كَانَ يَدُ الجَانِي نَاقِصاً بِأُصْبُعٍ قُطِعَتْ (ح) وطُولِبَ بِالأَرْشِ، وَإِنْ كَانَ النَّاقِصُ يَدَ المَجْنِيِّ عَلَيْهِ كَانَ (ح) لَهُ لَقْطُ الأَصَابِعِ الأَرْبَعِ، وَلَوْ كَانَ عَلَى يَدِ الجَانِي أُصْبُعَانِ شَلاَّوَانِ فَلَهُ لَقْطُ الأَصَابِعِ الثَّلاَثِ وَلَهُ دِيَةُ الأُصْبَعَيْنِ، وَحُكُومَةُ الكَفِّ تَنْدَرِجُ تَحْتَ جَمِيعِ الأَصَابِعِ قَوْلاً وَاحِداً، وَهَلْ يَنْدَرِجُ تَحْتَ قِصَاصِ الأَصَابِعِ، وَهَلْ يَنْدَرِجُ بَعْضُهُ تَحْتَ دِيَةِ بَعْضِ الأَصَابِعِ فِيهِ وَجْهَانِ، وَالصَّحِيحُ (و) أَنَّهُ لاَ يَنْدَرِجُ تَحْتَ حُكُومَةِ الأُصْبُعِ الشَّلاَّءِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: تفاوت العضوَيْن في العددِ قد يكون بالنقصانِ في طرَف الجانِي وقد يكون بالنقصانِ في طرف المجنيِّ عليه، وفيهما صور:

إحداها: لو كانَتْ يد الجانِي ناقصةً بأصبع، وقد قطع يداً كاملةً، فالمجنيُّ عليه يأخذ ديةَ اليدان إن شاء، وإن شاء قطع يده الناقِصةَ وأخذ الأرش للأصبع، ولو كانت ناقصة بأصبعين فله قطْع يده وأرْشُ أصبعين، وقال أبو حنيفة: لا أرش له مع قطْع اليد.

لنا: أنَّ الجانِيَ قد قطع منه أصبعاً، لم يستوْفِ قِصاصَها، فيكون له أرشُها لقوله ﷺ: «فِي كُلِّ أُصْبُعٍ عَشْرٌ مِنَ الإِبِلِ»[1] وَأَيْضاً، فإن تلْك الأصبع، لو كانت، لكان له استيفاؤُها، فإذا لم توجَدْ، استوفى بدَلَها، كما لو قطع أصبعين، وليست له إلا واحدةٌ [ويخالف] ما إذا كانتْ يد الجاني شلاء، وأراد المجنيُّ عليه قطْعَها، فإنه لا يأخذُ معها شيئاً؛ لأن النقصانَ هناك نقصانُ صفةٍ، وجرمُ الأصابع باقٍ، والنقصان ها هنا نقصانُ جزء، وحكْمُ النقصانين مختلفٌ؛ ألا ترى أنه لو أتلَفَ إنسانٌ عليه صاعَيْ حنطةٍ، ووجد للمتلف صاعاً، كان له أن يأخذَهُ، ويطلب بدل الباقي، ولو أتْلَفَ عليه جيداً، ووجد له رديئاً من جنْس المُتْلف، فأراد أن يأخذه ويطلب أرشاً، لم يكن له ذلك، وكذا لو قطَع

(١) رواه أبو داود من حديث أبي موسى، ومن حديث ابن عباس أيضاً، وأخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه، من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

أصبعَيْن من غيره، وله أصبع واحدة، فللمجنيِّ عليه أن يقتصَّ في الموجودة، ويطلب بدل المعدُومة، ولو قطع أصبعاً صحيحةً وتلْك الأصبع منه شلاء، فأراد المجنيُّ عليه قطع الشلاء وأخذ شيء للشل لم يمكن التاثية لو كان النقصان في يد المجني عليه كما إذا قطع السليم يداً ناقصةً بأصبع، فليس للمجني عليه قطعُ اليدِ الكاملةِ من الكُوع لما فيه من استيفاء الزيادة، لكنه يلقُط الأصابع الأربع إن شاء، ويأخذ ديتها إن شاء، قال الإمام أبو حنيفة: يأبى هذا النوْع من القصاص، ولا يجيز أن تلقى حديدة القصاص غير الموضع الذي لقيته حديدة الجاني، وقد تقدَّم مثله، فإن لقَطَ الأربع، فقد استبقى كفَّ الجاني مع استيفَائه كفه فهل له حكومتها أما حكومة خمسها الذي تقابل منبت أصبعه الباقية، فيجب، وأما حكومة أربع أخماسِها، فوجهان.

أحدهما: لا يجب، وتدخل تحت قصاص الأصابع، كما تدخل تحت ديتها، فإنه أحد موجِبَي الجناية.

وأصحُّهما: الوجوب، وبه قال أبو إسحاق، ووُجِّه بأن الحكومة من جنس الدية، فلا يبعد دخولُها فيها، والقصاصُ ليس من جنسِها، وبأن الدية بَدَل حكمي، فجاز أن يجعل بدلاً عن الكلِّ، والقصاصُ استيفاءُ المثل حسّاً، فلا يمكن أن يجعل الأصابع وخدَها في مقابلة الأصابع ومنابتها، مع التفاوت المحسُوس بين الجملتَيْن، ويجري الوجهان فيما إذا كانَتْ على يد الجانِي أصبعٌ زائدةٌ، ويد المقطوع بصفة الاعتدال، فلقط الخمس؛ لتعذر القطْع من الكوع بسبب الزائدةِ هل تدخل حكومةُ الكفِّ تحت قِصاص الخمس؟ وهذه الصورة هي التي ينطبق عليها قولُه في الكتاب: «لكن هل يندرج تحت قصاص الأصابع؟ فأما إذا لقط الأربع في الصورة التي قبل هذه، فليس الجاري قصاصَ الأصابعِ، بل قصاصُ بعضِها، ولو أخذ في تلْك الصُّورة دية الأربع، ولم يلقطها، دخَلَت حكومةُ منابتها فيها، وعلى ظاهر المذهب، كما أن حكومة جميعَ الكفِّ تندرج تحت دية الأصابع، فإنَّ الواجبَ في لقط الأصابع خمْسُونَ من الإبل، وفي القَطْع من الكوع، ولا يجِبُ إلا ذلك، وإذا اندرجَتْ حكومة الكفِّ تحْت ديات الأصابع، اندرج بعضها تحت البعض؛ لأن البعْضَ من البعْضِ كالكل من الكل، وحكى الإمام وغيره وجْهاً أنه لا تندرج، وتختص قوة الاستتباع بالكلِّ وأما حكومة الخمسِ الباقي من الكفِّ، فيجب على الصحيح، وحكي وجْهٌ أنَّ كل أصبع تستتبع الكفّ كما تستتبعها كلّ الأصابع، ورتَّب الإمام الخلاف في أن دية بعض الأصابع، هل تستتبع قسطاً من حكومة الكفِّ على الخلاف في أن قصاص بعْضها][1] هل يستتبع؟ إن قلْنا بالاستتباع في

(١) سقط من: ب.

القصاص، ففي الدية أَوْلَىٰ، وإلا ففي الدية وجهان، وإذا وفيت حقَّ التأمل فيما ذكَرْنا، ظهر لك أن الخِلاَفَ في أن القِصَاص في بعض الأصابع، هل يستتبع حكومة مثابتها من الكفِّ؟ يحصُلُ من وجهين: **أحدُهما**: أن القصاص هل يَسْتتبعُ الحكومة.

والثاني: أن البعض هل يستتبع البعْض. ولو قطَع كفّاً لا أصابع علَيْها، فلا قصاص إلاَّ أن يكون كفُّ القاطع مثلَها، ولو قطَع صاحبُ هذه الكفِّ يداً سليمةً، فله قطْع كفِّه ودية الأصابع، حكاه القاضي ابن كج عن النَّصِّ.

الثالثة: إذَا كانَتْ في يدِ الجانِي أصبعانِ شلاَّوان، ويدُ المجنيِّ عليه سليمةٌ فإنْ شاءَ قَطَع يده، وعليه أن يقنع بها، فإنا ذكرنا فيما إذا عمَّ الشلل اليد، أنه إذا قطعَها، يَقْنَع بها، وإذا كان الشَّلَل في بعْضها، فالقناعة أوْلَىٰ وإن شاء، لقط الثلاث السليمة، وأخذ ديةَ أصبعين، ويعود في استتباع القِصاص في الثَّلاَثَ حكومةُ منابتها، وفي استتباع حكومةِ ديةِ الأصبعين حكومة منبتهما الخلافانِ السابقانِ، ولو كانت في يدِ المجنيِّ عليه أصبعان شلاوَانِ، ويدُ الجاني سليمةٌ، لم يجز القصاص من الكوع، ولكن للمجنيِّ عليه أخذُ الثلاثِ السليمةِ، وحكومةُ الأصبعَيْنِ الشلاوَين، ويعود الخلاف في استتباع القصاص في الثلاثِ حكومةُ منابتها، وفي استتباعِ حكُومةِ الشلاوين حكومةُ منبتهما وجهان:

أحدهما: وهو الذي أورده أصحابُنا العراقيون: أنها تستتبعها؛ لأن حكومتها هي المال الواجبُ فيها فأشبهتْ ديةَ الصحيحةِ.

وأصحُّهما: عند صاحب الكتاب والإمام والحُسَيْن الفراء: المنع؛ لأن الحكومة ضعيفةٌ غيْرُ مقدَّرة، فلا يليق بها الاستتباع، بخلاف الدية، وفي لفْظ «المختصر» ما يوافِقُ هذا الوجّه ويؤيِّده، والوجهان يجِيئَان على قوْلنا: إنَّ ديةَ بعْضِ الأصابع تستتبع قسْطاً من حكومة الكفِّ.

أما إذا قلْنا: إنَّ ديةَ بعْضِها لا تستتبع بعْض الحكومةِ، فحكومةُ بعضها أوْلَىٰ.

فرْعٌ: لو قطع كفّاً ليستْ لها إلا أصبع واحدٌ خطأً، وجبت دية تلْك الأصبع، والظاهر أنه تدْخُل حكومة منبتها فيها، وأنه يجب حكومةُ باقِي الكفِّ، وعلى الوجه الذي قلْنا: إن كل أصبع يستتبع كلّ الكف؛ لا يجب شيْءٌ من الحكومة.

آخَرُ في «التهذيب»: أنه لو كانتْ أصابعُ إحْدَى يديه وكفها أقْصَرَ من الأخْرَىٰ، فلا قصاص في القُصْرَىٰ؛ لأنها ناقصةٌ[1] وفيها ديةٌ ناقصةٌ بحكومةٍ.

---

(١) قال في الخادم: سكتا عليه وليس كذلك بل قضية كلام الشافعي والأصحاب أنها إن كانت تامة الأنامل والبطش فإنه يجب فيها القصاص.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَإِنْ كَانَ عَلَى يَدِ الجَانِي سِتُّ أَصَابِعَ مُتَسَاوِيَةٍ لَيسَ فِيهَا زَائِدٌ فَلِلْمَجْنِيِّ عَلَيهِ أَنْ يَلْقُطَ خَمْساً وَيُطَالِبَ بِسُدُسِ دِيَةِ اليَدِ وَيُحَطُّ شَيءٌ بِالاَجْتِهَادِ لِأَنَّ كُلَّ سُدُسٍ اسْتَوْفَاهُ كَانَ فِي صُورَةِ خُمُسٍ، فَإِنْ كَانَ فِيهَا زِيَادَةٌ بِالفِطْرَةِ ٱلْتَبَسَ عَلَىٰ أَهْلِ الصَّنْعَةِ فَلاَ قِصَاصَ خِيفَةَ مِنْ أَخْذِ الزِّيَادَةِ بِالأَصْلِيَّةِ، فَإِنْ بَادَرَ وَلَقَطَ خَمْساً فَهُوَ تَمَامُ حَقِّهِ وَلاَ أَرْشَ لَهُ بَعْدَهُ وَإِنِ احْتَمَلَ أَنْ تَكُونَ الزَّائِدَةُ هِيَ المُسْتَوْفَاةَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قد سبق أن الزائدَ مِن الأعضاء يُقْطع بالزائد، إذا اتحدَ المحلُّ، وذكَرْنَا خلافاً في اشتراط التساوِي في الحَجْم، فلو فُرِضَ شخصانِ لكلِّ واحدٍ منهما أصبعٌ زائدةٌ، فقطع أحدهما زائدةَ الآخر، اقتص منه، إذا حصل شرطه، وكذا لو قطع أحدُهما يد الآخر، ولو قطع شخص معتدلُ الخِلْقة يداً عليها أصبعٌ زائدةٌ تُقْطَع يدُه بها، وتؤخذ الحكومةُ للزائِدَةِ، سواءٌ كانتْ معلومةً بعينها أو لم تكُنْ، وإن شاء المجنيُّ عليه، أَخَذَ دية اليد وحكومة الأصبع الزائدة، ولو قطع صاحبُ الأصابع السِّتِّ يدَ معتدلِ الخلقة، لم تُقْطع يدُه من الكوع إلا أن تكون الأصبع الزائدة نابتة من الذراع، [فلا يمكن القطْع من الكوع]، وإذا تعذَّر القصاص من الكوع، فللمجنيِّ عليه لَقْطُ الخمس الأصليات، وتعود الوجهان في استتباع قصَاصِها حكومةَ الكَفِّ فإن كانتِ الزائدةُ بجنب أصلية؛ بحيث لو قُطِعت الأصليةُ، لَسَقطتِ الزائدةُ، فلا تقطع، بل يقتصر على قطع الأربع، ويأخذ دية أصبع، ولو كانت نابتةً على أصبع، وأمكن قطْع بعضها من الأربع، فَعَل كما إذا كانت نابتةً على الأنملة الوسْطَىٰ أصبعٌ، فيُقْطَع الأنملة العلْيا مع الأربع، ويؤخذ ثلُثَا دية أصبُع، هذا إذا كانتْ في الست الزائدة معلومةً بعينها، ووراءه صورتان، هما المذكورتان في الكتاب.

إحداهما: لو كانت الست كلُّها أصليةً؛ بأن قسمت الطبيعة مادَّةَ الأصابع بتقدير العزيز الحكيم بستة أجزاء متساويةٍ في القوَّة والعَمَل بَدَلاً عن القسمة إلى خمْسة أقسام، هذا لفْظ الإمام، وكلمتا «الطبيعة والمادة» من اصطلاحات القوْم، وإن أسند إلى تقدير الحكيم الخبير، ومِن الأصحاب من عبر عن الغرض بأنَّ الله تعالَىٰ نقص من جرم كلِّ أصبع من الخمس وقُوَّتها شيئاً، وخَلَق منها أصبعاً تساويها في الصورة والقُوَّة، وبالجملة، فإذَا قال أهل البصير: إنها جميعاً أصليةٌ، ليست فيها زائدةٌ، فللمجنيِّ عليه أن يلقط خمْساً منها على الولاء من أي جانِبٍ شاء هكذا أطلق، ولك أن تقول: إن لم تكنِ الستُّ المفروضةُ على تقطيع الخمس المعهودة وهيئاتها، فهذا قريبٌ، وإن كانتْ على تقطيعها، فمعْلُومٌ أن صورة الإبهام من الخمس تباين صورة سائرها، وإن كانتِ الَّتي تشبه الإبهام على الطرَف، فينبغي أن يلقط الخمس من ذلك الجانب، وإن وقعَتْ ثانية، وكانت التي على الطَّرَف كالملحقة بها، فينبغي أن يلقط الخمْس من الجانِبِ الآخرِ.

قال الإمام: ويختلج في النفس أن يُقال: ليس له لقط الخمس؛ لوقوع الست على نَظْمٍ يخالف نظم الخمس المعتدلة، وغموض القطْع منها ثم حقُّه لا يتوفر بقطع الخمس منها؛ لأنها خمسةُ أسداسِ اليد، ويده مقطوعةٌ [بكمالها][1]، فله مع ذلك سدُسُ الدية، لكن يُحطُّ من السدس شيْءٌ لأن الخمس الملقوطة، وإن كانت خمسة أسداس، فهي في صورة الخمس المعتدلة، والأمرُ في قدْر المحطوط مفروضٌ إلى رأي المجتهد ونَظَرِهِ، ولو بادر المجنيُّ عليه، وقَطَع الستَّ، قال صاحب «التهذيب»: يعزر، ولا شيْء عليه، ولو قلت: يلزمه شيْء؛ لزيادة الصورة، لم يَبْعُدْ، وهو القدْر المحطوط من سُدُس الدية لواحدة مع قطْع الخمس، ولو قطع صاحبُ الأصابعِ الستِّ أصبعاً من معتدل، تقطع أصبعه، ويُؤْخَذ ما يفضل به خمس دية اليد على سُدُسِها، وهو بعيرٌ وثُلُثا بَعِيرٍ، لأن خمُسَها عشرة، وسدسها ثمانية وثلث، وقياس ما سبق أن يُقال: يحط مِنْ قَدْرِ التفاوتِ شيْء؛ لأن المستوفَىٰ سُدُسٌ في صورة خُمْسٍ، ولو قطع معتدل اليد التي وصفنا أصابِعَها، قطعت يَدَه ويُؤْخَذ منه شيءٌ للزيادة المشاهدة، كذلك حكاه الإمام وغيره ولو قطَع أصبعاً منها، لم يقتص؛ لما فيه من استيفاء الخُمُس بالسُّدُس، ولكن يؤخذ منه سدُسُ ديةِ يَدٍ ولو قَطَع أصبعَيْن، قُطِعت منه أصبعٌ ويؤْخَذ فضْل ثلث الدية على خمسها، وهي ستة أبعرة وثلثان، ولو قطع ثلاثاً منها قُطِعَتْ منه أصبعان، ويُؤْخَذ من دية اليَدِ فضْلُ النصْف على الخمسين، وهو خمسة أبعرة، ذكره الشيخ إبراهيم المروروذي وغيره، ولو بادر المجنيُّ عليه، وقطَع بأصبعه المقطوعةِ أصبعاً منها، قال الإمام: هو عندَنَا كَمَنْ قطَع يداً شلاً، فابتدر المجنيُّ عليه، وقطع بها الصحيحةَ.

الثانية: إذا قال أهل البصر: نعْلَم أن واحدةً منها زائدةٌ، فإن القوَّة لم تقسم اليد إلى أجزاء متساوية، ولكن الزائدةَ ملتبسةٌ علينا، لم يكن للمجنيُّ عليه قطْع الخمس؛ لأن الزائدةَ لا تُقْطع بالأصليَّة مع اختلاف المحلِّ، ولا يؤمن أن تكون الزائدةُ إحْدَىٰ المستوفيات، ولو بادرَ، وقطَع خمساً، عُزِّر، ولا شيء عليه [لاحتمال أن][2] المقطوعاتِ أصلياتٌ، ولا شيء له وإن احتمل أن تكون الزائدةُ فيما استوفَىٰ؛ لأنه تَعدَّى بما فعَل، والاحتمالان قائمان، فلا نَجْعَل له شيئاً كما لا نَجْعل عليه شيئاً، ولو بادر، وقَطَع الكلَّ، فعليه الحكومة للزائدة، وإن قال أهل البصر: لا نَدْرِي أهي كلها أصلياتٌ، أم خَمْس منها أصليةٌ، وواحدةٌ زائدةٌ، فلا قصاص أيضاً، ولو قطع جميعَها أو خمساً منه، يعزَّر، ولا شيء له، ولا عليه، لأنه إن قَطَع الجميع، فيحتمل أنها أصلياتٌ، وإن قطع خمساً منها، فيحتمل أن تكونَ الأصليات والباقيةُ الزائدةُ [وقوله في الكتاب: «فلا

---

(١) في ز: مما فيها.
(٢) في ز: لأن.

قصاص خيفَةَ من أخذ الزائدة بالأصلية][1] أي مع اختلاف المحلِّ، فأما إذا لم يختلفِ المحلُّ، فلا يمتنع أخذ الزائدة بالأصلية، على ما مَرَّ، وذلك كما إذا كانَتْ له أربعُ أصابعَ أصليةٍ وخامسةٌ زائدةٌ، فقطع يد من أصابعه أصلية، يجوز للمجنيِّ عليه أن يقْطع يده، ويرضى بالزيادة عن الأصليَّة.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ قَسَّمَتِ القُوَّةُ المُدَبِّرَةُ بِإِذْنِ اللَّهِ ـ تَعَالَىٰ ـ أُصْبُعاً وَاحِدَةً بِأَرْبَعِ أَنَامِلَ مُتَسَاوِيَةٍ فَقَطَعَ صَاحِبُهَا أُنْمُلَةً مِنْ مُعْتَدِلَةٍ قَطَعْنَا وَاحِدَةً وَطَالَبْنَاهُ بِمَا بَيْنَ الرُّبُعِ وَالثُّلُثِ، وَإِنْ قَطَعَ ثِنْتَيْنِ قَطَعْنَا ثِنْتَيْنِ وَطَالَبْنَاهُ بِمَا بَيْنَ النِّصْفِ وَالثُّلُثَيْنِ، وَإِنْ قَطَعَ ثَلاَثَةً قَطَعْنَا ثَلاَثَةً وَطَالَبْنَاهُ بِمَا بَيْنَ الكُلِّ وَثَلاَثَةِ أَرْبَاعٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قوله: «ولو قسمت القوة المدبرة بإذن الله تعالى» عبارة اتبع فيها الإمام حيْثُ قال في تصوير المسألة: «صادَفَتِ القُوَّةُ المُدَبِّرة بإذْن الله تعالى مزيدَ مَادَّةٍ، فزادت في الأصبع قِسْماً»، وهو كما حكيناه عنه في تصوير الأصابع الستِّ، والمقصود أنَّ كلَّ أصبع سوى الإبهام منقسمةٌ فيما أجرى اللَّهُ تعالَىٰ العادَةَ به ثلاثَ أقسام، وهي الأناملُ الثلاثُ، فلو انقسمتْ على خلاف العادَة أصبع بأربعِ أناملَ، فلها حالتان.

إحداهما: وهي المذكورة في الكتاب أنْ تكون الأربعُ أصليةً عند أهل النظر، وقد يستدلُّ عليه بأن تكُون غيْر مُفْرطةِ الطُّول بل قريبة من الاعتدال، وتناسب سائر [الأصابع]، فإذا قطَع صاحبُها أنملةً منْ معتدلٍ، فيقطع منه أنملة، لكنَّ حقَّ المجنيِّ عليه لا تتأدَّى بها على التمام؛ لأن أنملته رُبُع الأصبع، وأنملةُ المجنيِّ عليه ثُلُثٌ، فيُطالَبُ بما بين الربع والثلثِ من دية أصبع، وهو خمسةَ أسداس بِعَيرٍ؛ لأن [ثلثا] دية الأصبع ثلاثةٌ وثلثٌ، وربُعُها اثنانِ ونصْف، ويقال: إن القفَّال حكى هذه الصورة عن نصِّ الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ وإن قَطَع أنملتين، قطعنا منه أنملتين، وأنملتَاهُ نصْف أصبعه، وأنملتا المجنيِّ عليه ثلثا أصبعه، فيُطَالَب بما بين نصْف دية أصبع وثلثها، وهو بعير وثُلثَا بعيرٍ، وإن قطع أصبع معتدل بتمامها، فهل يقطع أصبعه بها؟ نقل صاحب «التهذيب» فيه وجهين:

أحدهما: نَعم، وهو الذي أورده القاضي الرويانيُّ، وصاحب الكتاب في «الوسيط» و[هو الذي] صحَّحه الإمام، لأنه لا تفاوُتَ في أصْلِ الخِلْقة، وإنما التفاوتُ في كيفية الانقسامِ وعدد الأقسام، ويدُلُّ على المقابلة بين الأصبَعيْنِ جَعْلُ كلِّ أنملةٍ منها مقابلةً بربع ما يقابَل به أصبع المعتدل.

---

(١) سقط من: أ.

وأصحُّهما: عند صاحب «التهذيب»: المنع؛ للزيادة في عدد الأنامل، كما لا تقطع اليد التي [فيها] ستُّ أصابع بيد المعتدل؛ للزيادة في عدد الأصابع، وقد يُؤَيِّد ذلك بنصٍّ تقدَّم في الأصبع الزائدة، أنه إذا كانت لها ثلاثةُ مفاصِلَ، لا تقطع بالتي لها مَفْصِلان، وعلى هذا يقطع منه ثلاث أنامل، هي ثلاثة أرباع حقِّه، ويطالب بالتفاوت بيْن جميع الدية، وثلاث أرْبَاعها، وهو بعيران ونصْفٌ، ولو بادر المجنيُّ عليه، وقطع أصبعه عُزِّر، ولا شيْء عليه.

وقوله في الكتاب: «وإن قطع ثلاثاً قطعنا ثلاثةً» جواب على ما رجَّحه صاحب «التهذيب» لأن قطع الثلاث من المعتَدِل هو قطْع الأصبع كلِّها، وليُعْلَم بالواو؛ للوجْه الآخر على أن الأشبه أنه لم يَقْصِد الجوابَ بما ذكَره؛ لأنه لم يذْكُره في «الوسيط» ولا اختاره الإمام وإنَّما وقع عن غفلةٍ.

ولو قطع معتدلٌ أنملةَ مَنْ له هذه الأصبع، لم تقطع أنملته، ولكن تُؤْخَذ منه رُبُع دية أصبع، ولو قطع أنملتين، فللمجنيِّ عليه أن يقطع منه أنملةً، ويأخذ ما بيْن ثُلُث الدية ونصْفها، وهو بعيرٌ وثلثان، ولو قطَع ثلاثَ أناملَ، فله أن يقطع أنملتَيْن، ويأخذ ما بين الثلثين، وثلاثة أرباع، وهو خمسة أسداس بعير، ولم يذكروا هَا هُنَا أنه يُحَطُّ من المضموم إلى الأنملة المقطوعة شيْءٌ؛ لأنها ربع في صورة ثلث، كما [فعلوا] في مسألة الأصابع السِّتِّ، ولو قطع الأصبع بتمامه، قُطِعت أصبعه ولم يلزمه شيْء آخر، ذكره الإمام والقاضي الرويانيُّ.

والحالة الثانية: أن تكون الأنملةُ العلْيا زائدةً خارجة عن أصْلِ الخلقة فلو قطع صاحبها أصبُعَ معتدلٍ، لم تقطع أصبعه؛ لما فيها من الزيادة[١]، وأُخِذَت منه الدية ولو قَطَعَها معتدلٌ، قُطِعَتْ أصبعه، وأُخِذَت منه حكومة للزائدة، وتختَلِفُ الحكومة بأن تكُون الزائدةُ ساقطةَ العمل أو منقادَة له، ولو قطع المعتدلُ أنملة منْها، فلا قصاص، لأن الأصلية لا تُؤْخَذ بالزائدة، وتجب الحكومة، ولو قطع منه أنملتين، قطعت منه أنملة، وأخذت الحكومة [للزائدة][٢]، ولو قطع ثلاثاً، قطعت منه أنملتان، وأخذ الحكومة.

فُرُوعٌ: إذا كان لأنملته طرفانِ؛ أحدهما أصليٌّ عاملٌ، والآخر زائدٌ غير عاملٍ، ففي الأصلي القصاصُ والأرشُ الكاملُ، وفي الزائِدِ الحكومةُ، ولو قطع صاحبُها أنملةً معتدلةً، قُطِع منه الطرف الأصليُّ، إن أمكن إفرادُه بالقَطْع، وإن كانا عاملَيْن مشتدين قال الإمام: الأمر فيهما قريبَ من القول في الأصابع الستَّة الأصليات، وإن قطع معتدلٌ أحد

(١) وهذا حكاه في البحر عن حكاية أبي بكر الصيدلاني.

(٢) في ز: للزيادة.

الطرفين، لم تُقْطع أنملتُه، وإن قطعَهما جميعاً، قُطِعت أنملته، ولزمه لزيادةِ الخِلْقة شيْءٌ وإن قطع صاحبها أنملةً معتدلةً، لم يقطع طرفا أنملته، ويقطع أحدهما، ويتخير فيه المقتص، ويؤخَذ منه نصف الأرش محطوطاً منه شيْء، لأن المقطوع نصْف في صورة الكُلِّ، وجميع هذا فيما إذا نبت طرفا تلْك الأنملةِ عَلَىٰ رأس الأنملة الوُسْطَىٰ، فلو لقى رأسها عَظْم، ثم انشعب الطرفان مِنْ ذلك العَظْم، فإنْ لم يكنْ مفْصِل بين العظْم، وبينهما فليس ذلك موضع القصاص، وإن كان لكلِّ طرفٍ مِفْصل هناك، فالعَظْم الحائل بين الشعبتين، والأنملة الوسْطَىٰ أنملة أخرَىٰ، فهي أصبعٌ لها أربع أنَامِل، والعليا منها ذاتُ طرفَيْن، هكذا رتَّب الإمام الفرْعَ، وهو أحسن ترتيبٍ فيه، وأصلُ الفرْع منصوصٌ في «المختصر» وإذا كان على الساعِد كَفَّان، أو على الساق قَدمانِ، فالحكم كما في أنملتين على رأس الأصبع، وسنعود إلى ذلك «في الديات» إن شاء الله تعالى.

ولو [صادفنا] أصبعاً، ليست لها سوى أنملتان، وهي تناسب سائر الأصابع في الطول، فللإمام فيه احتمالان.

أحدهما: أنها ليستْ أصبعاً تامَّةً، وإنما هي أنملتان؛ لأن طول الأنامل لا يقتضي مزيداً؛ ألا ترَىٰ أن ذات الأنامل لو طالَتْ أناملُها لو لم تزد لها حكومة بالطُّول، ولم يكن الطُّولُ كأنملة زائدة.

وأظهرهما: أنها أصبع تامَّةٌ، لكنها ذات قسمين، كما أنه إذا كانتْ فيها أربع أنامل كانت أصبعاً ذات أربعة أقسام، ولو فُرِضَتْ أصبعٌ لا مَفْصِل لها، قال الإمام: الأظهر عندي نقصانُ شَيْء من الدية؛ لأن الانثناء، إذا زال بالكلية، سقَط مُعْظَم منافِع الأصبع، وقد ينجر هذا الكلام إلى أن يقتص أصبع السليم بها، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **وَلَوْ قَطَعَ الأُنْمُلَةَ الوُسْطَىٰ مِمَّنْ لاَ عُلْيَا لَهُ وَجَبَ القِصَاصُ وَتَعَذَّرَ الاَسْتِيفَاءُ، فَإِنْ سَقَطَتْ عُلْيَا الجَانِي بِآفَةٍ أَوْ جِنَايَةٍ اَسْتُوفِيَتِ الوُسْطَىٰ، وَهَلْ يُطَالَبُ فِي الحَالِ بِأَرْشٍ؟ يُبْنَىٰ عَلَى أَنَّ المَجْنُونَ إِذَا ثَبَتَ لَهُ القِصَاصُ هَلْ يُطَالَبُ لَهُ بِأَرْشٍ لِلْحَيْلُولَةِ، وَالنَّصُّ أَنَّهُ يُطَالَبُ، وَفِي الصَّبِيِّ لاَ يُطَالَبُ فَقِيلَ بِالتَّسْوِيَةِ بَيْنَهُمَا نَفْياً وَإِثْبَاتاً تَخْرِيجاً، وَفِي طَلَبِ الأَرْشِ لِأَجْلِ الحَيْلُولَةِ بِعُذْرِ الحَمْلِ خِلاَفٌ مُرَتَّبٌ عَلَىٰ الصَّبِيِّ وَأَوْلَىٰ بِأَنْ لاَ يُطَالَبَ لِأَنَّ أَمَدَ الحَمْلِ قَرِيبٌ فَتَوَقُّعُ سُقُوطِ العُلْيَا بِآفَةٍ كَتَوَقُّعِ المَجْنُونِ الإِفَاقَةَ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: رجلٌ سليمُ اليدِ، قطع الأنملة الوسطَىٰ ممن هو فاقدُ الأنملة العليا، فلا سبيل إلى القِصاص مَعَ بقاء الأنملةِ العلْيَا، فإن سقطَتْ هي بآفة أو جنايةٍ، حصلت القُدرةُ على القصاص من الوسْطَىٰ، فيقتص وفي «الشامل»: أن أبا حنيفة قال: لا قصَاصَ في الوسطى إذا تعذَّر الاستيفاء في حال الجناية.

لنا: أن امتناع القصاص كان لاتصالِ محلِّ الجناية بغيره، فإذا زال الاتصالُ، استُوفِيَ القصاصُ، كالحامل إذا وضعتِ الحَمْلَ.

فإن صبر المجنيُّ عليه إلى أن يمكن الاقتصاص أو عفا وطلب الأرش، فذاك وقد حُكِيَ عن نصِّ الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ ما يناظرُه، قال: لو قطع كفّاً لا أصابع لها، ولِيَدِ القاطعِ أصابعُ، قلْنا للمجنيِّ عليه: لا يمكنُكَ القصاص في الكفِّ، لأجل الأصابع، فإن اخترت، فاعف، وإلا فاصبر، فلعل أصابع الجاني تذهب، فتأخذ كفه بكفك، ولو بادر المجنيُّ عليه، فقَطَع الوسطَىٰ مع العليا، فقد تَعدَّى، وعليه أرش العليا، وإن أراد طلَبَ الأرْش في الحال للحيلولة، فهل له ذلك؟ فيه وجهان، وقد يُعبَّر عن الخلاف بأن أخْذ المال هل يكون عَفواً عن القصاصِ، وقد يقال إذا أخذ المال، ثم سقطَتِ العليا، هل يردُّه ويَسْتوفِيَ القصاص؟ قال الإمام: وكلُّ ذلك راجِعٌ إلى أن الحيلولةَ في القصاص، هل يثبت الرجوعَ إلى المال؟ وشبه الوجهين بالوجهين في أن من أتلف حنطة، وغُرِّم القيمة لإعواز المِثْل، ثم وجد المثْلَ، هل يرد القيمة، ويطالب بالمثل؟ وبالوجهين في أنَّ مَنْ أخذ أرش العَيْب القديم؛ امتنع الرد بالعَيْب الحادث، ثم زال العَيْبُ الحادثُ، هل له أن يرد المبيعَ والأرْشَ، ويستردَّ الثمَنَ؟ وبنى الإمام وصاحب الكتاب الخلافَ في أنه هل يطالب بأرش الوسطَىٰ في الحال، على أنه إذا ثبت القصاصُ لصبيٍّ أو مجنونٍ، هل لوليِّهما طَلَبُ المالِ في الحالِ؟ وإذا ثبت القصاص على حاملٍ، هل تُطَالَبُ في الحال بالمالِ؟ فعن نصِّ الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ أنه لو قُتِلَ إنسانٌ، ووارثُهُ مجنونٌ، يجوز لوليه أخذُ الدية، وعن نصه ـ رضي الله عنه ـ فيما إذا ثبت القصاص لصبيٍّ: أن وليَّه لا يأخذ المال، فجرى جَارُونَ على النَّصيْن، والفَرْق أن الجنون ليستْ له غايةٌ منتظرةٌ، فلو لم نُجَوِّز أخْذَ المال، ولا سبيل إلى استيفاء القصاص، كان ذلك قريباً من التعطيل، والصبيُّ له غاية منتظرةٌ، وهو البلوغ، وعن بعْضِهم: التصرُّف فيهما، والتخريج من كل واحدٍ منهما في الآخَر، ولو ثبَتَ القِصاصُ على حاملٍ، فعن الصيدلانيِّ: أن في طلب المستحق الديَةَ في الحال مِثْلَ الخلافِ المذكورِ في أن وليَّ الصبيِّ هل يَطْلُبُ؛ لأن لوضع الحمل أمداً يُنْتظَرُ، كما لزوال الصِبا.

فإذا عُرِفَ ذلك، فزوال العلْيا في مسألة الأُنْملَةِ يشبه بمسألة الجنون؛ لأنه ليس له غاية منتظرةٌ كإفاقة المجنون، والظاهرُ عند الأئمة أنه ليس له أخْذُ المال، إذا لم يعْفُ وقالوا: إن أخْذه الديةَ عفوٌ عن القصاص، والظاهر في المجنونِ أن لوليِّه أخْذَ المال، ولكن لا على الإطلاق، وإن حكى الإمام النصَّ في المجنون مطلقاً، وكذا ذكره القاضي الرويانيُّ عن رواية أبي إسحاق الخرَّاط، بل يشترط أن يكون فقيراً، فإن كان غنيّاً، فالظاهر أنه لا تُؤْخَذ، وفي الصبيِّ الفقيرِ الظاهرُ أنه لا يَأْخُذ، وقطعوا به فيما إذا كان غنيّاً، أو كان له قريبٌ يُنْفِق عليه، وقد سبق هذا كلُّه في اللقيط، إذا ثبت له القصاصُ

في الطَّرَف وفي الحامل أيضاً الظاهرُ أنها لا تُطالَبُ بالدية، ولو كانتِ العليا مستَحقَّةَ القَطْعِ بالقصاص فتوقع القصاص في الوسْطَىٰ بين التوقع في صورة المجنون والتوقع في صورة الصبيِّ والحمْل؛ لأن استيفاء القصاصِ يُرْتَقَب ويُنْتظر بخلاف الإفاقة من المجنون، لكن ليس له أمدٌ معلومٌ بخلاف زوال الصبا ووضع الحَمْل، والذي رجَّحوه، وإن كانت العليا مستَحَقَّةً بالقصاص؛ أنه لا يطالبه بأرْشِ الوسطَىٰ من غير عفْوٍ، ومن صور استحقاق العلْيا بالقصاص ما نَصَّ عليه في «المختصر» وهو أن تقطع الأنملَةَ العلْيا منْ إنسانٍ، والوسْطَىٰ من آخر، وهو فاقدٌ للعليا، فلصاحب العلْيا القصاص فيها أولاً، وإن كان قطعه لاحقاً، فإن جاء طالباً للقصاص، اقتص ويُمَكَّنُ مُستحِقُّ القصاصِ من الوسطى استيفائه، قال أبو بكر الطوسي: ولو اتفقا على وضْع الحديدة على مفْصِل الوسطَىٰ، واستوفيا الأنملتَيْنِ بقطعةٍ واحدةٍ، جاز وقد هَوَّنَا الأمر علَيْه، وإن لم يطلب صاحب العلْيا القصاصَ، صبر صاحب الوسطَىٰ، أو عفا كما ذكرناه.

وقوله في الكتاب: «فإن سقطت علْيا الجانِي بآفة أو جناية استُوفِيَتِ الوسطَىٰ» ليُرَقَّمْ بالحاء؛ لما سبق، وبالواو؛ ولأن الشيخ أبا محمَّد في آخرين حَكَوْا أن القفَّال تردَّد في استيفاء[1] الوسطَىٰ، وأن أكثر ميْلِهِ إلى أنَّها لا تستوفى؛ لأن الجناية جرَتْ، والقصاص غير ممكنٍ حالة جريانها، وأنه لو كانتِ العليا مستحَقَّةً بالقصاصِ عند الجناية على الوسطَىٰ، فليس ذلك موْضِعَ ذلك التردُّد، ولأن المستَحقَّة كالملقوطة.

وقوله: «هل يُطَالَبَ له بأرشٍ للحيلولة» أي هل يُطالَبُ الجانِي، وكذلك هو في بعض النسخ.

وقوله: «لأن أمد الحمل قريب» هذا يختلف؛ فقد يكون الباقي من مدَّة الحمل أكْبَرَ مِنَ الباقِي من مدة الصبيِّ إلا أن يريد أن مدَّة الحَمْل أقصرُ من مدة الصِّبَا.

فرْعٌ: قطع الأنملة العليا من أُصْبُعِ إنسان، والعليا والوسطى من تلْك الأصبع من آخر، نُظِرَ إن سبق قطع الأنملتين، فلِمَقطوع الأنملتين أن يقتصَّ، ويأخذ الآخرُ أرْشَ العليا، وإن سبق قطْعُ الأنملة، فلصاحبها أن يقتص، ثم الآخر يتخيَّر بين أن يقطع الوسطَىٰ، ويأخذ دية العليا، وبين أن يعفو، ويأخذ دية الأنملتين ولو بادَرَ صاحبُ الأنملتين، فقطعهما، كان مستوفياً لحقِّه، ويأْخُذ الآخر ديةَ العلْيا من الجانِي، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: فَرْعٌ: لَوْ قَدَّ مَلْفُوفاً فِي ثَوْبٍ بِنِصْفَيْنِ فَادَّعَىٰ مَوْتَهُ فَالأَصْلُ عَدَمُ الْقِصَاصِ مِنْ جَانِبِهِ وَاسْتِمْرَارُ الحَيَاةِ مِنْ جَانِبِ المَلْفُوفِ فَيُخَرَّجُ التَّصْدِيقُ عَلَى تَقَابُلِ

---

(١) قال في الخادم: محل احتمال القفال فيها إذا لم تكن العليا مستحقة حالة الجناية فلو كانت مستحقة فالقصاص عند الجناية على الوسطى وقد ذكره الرافعي فيما بعد ولا وجه للإسقاط.

الأَصْلَيْنِ، وَلَوِ ٱدَّعَىٰ نُقْصَانَ يَدِ المَجْنِيِّ عَلَيْهِ بِأُصْبُعٍ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ فِي قَوْلٍ إِذِ الأَصْلُ عَدَمُ القِصَاصِ، وَقَوْلُ المَجْنِيِّ فِي قَوْلٍ إِذِ الأَصْلُ السَّلاَمَةُ، وَفِي الثَّالِثِ يُفَرَّقُ بَيْنَ العُضْوِ الظَّاهِرِ وَالبَاطِنِ فَيُصَدَّقُ المَجْنِيُّ فِي العُضْوِ البَاطِنِ لِعُسْرِ البَيِّنَةِ، وَالبَاطِنُ مَا يَجِبُ سَتْرُهُ شَرْعاً عَلَىٰ رَأْيٍ، وَمُرُوءَةً عَلَى رَأْيٍ، وَفِي الرَّابِعِ يُفَرَّقُ بَيْنَ أَنْ يَدَّعِيَ نَفْيَ السَّلاَمَةِ أَصْلاً، أَوْ زَوَالَهَا طَارِئاً، وَلَوْ قَطَعَ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ فَمَاتَ فَقَالَ وَلِيُّ الدَّمِ: مَاتَ بَعْدَ ٱلاِنْدِمَالِ وَعَلَيْكَ دِيَتَانِ وَقَالَ الجَانِي: بَلْ قَبْلَ ٱلاِنْدِمَالِ فَإِنْ كَانَ الظَّاهِرُ يُصَدِّقُ أَحَدَهُمَا صُدِّقَ وَإِلاَّ فَهُوَ خَارِجٌ (و) عَلَىٰ تَقَابُلِ الأَصْلَيْنِ إِذِ الأَصْلُ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ مِنْ جَانِبٍ وَعَدَمُ التَّدَاخُلِ مِنْ جَانِبٍ، وَلَوْ أَوْضَحَ رَأْسَهُ مُوضِحَتَيْنِ فَقَالَ الجَانِي: رَفَعْتُ الحَاجِزَ قَبْلَ ٱلاِنْدِمَالِ وَعَلَيَّ أَرْشٌ وَاحِدٌ وَقَالَ المَجْنِيُّ عَلَيْهِ: بَلْ بَعْدَهُ وَعَلَيْكَ ثَلاَثَةُ أُرُوشٍ وَٱقْتَضَىٰ الحَالُ تَحْلِيفَ المَجْنِيِّ فَحَلَفَ ثَبَتَ الأَرْشَانِ، وَفِي الثَّالِثِ وَجْهَانِ، وَجْهُ قَوْلِنَا لاَ يَثْبُتُ أَنَّ اليَمِينَ إِنَّمَا يَصْلُحُ لِنَفْيِ التَّدَاخُلِ لاَ لإِثْبَاتِ مَالٍ عَلَىٰ غَيْرِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هذه مسائلُ في الاختلافاتِ الواقعةِ، بيْن الجانِي والمجنيِّ عليه أو وليِّه منها لو قدَّ ملفوفاً في ثوْبٍ بنصفَيْن، وقال: إنه كان مَيْتاً، وادَّعَىٰ الوليُّ أنه كان حيّاً، فمَنِ المصدق منهما باليمين؟ فيه قولان:

أحدهما: أن المصدَّق الجانِي؛ لأن الأصل براءة ذمته عن القصاص.

وأظهرهما: ويحكى عن رواية الربيع: أن المصدَّق [ولي][1] المجنيِّ عليه؛ لأن الأصل استمرارُ الحياة، وأيضاً، فإنه كان مضموناً، والأصل استمرار تلك الحالة فأشبه إذا قَتَلَ مَنْ عُهِدَ مسلماً، وادعى رِدَّته، وعن بعض الأصحاب: أن يُفرَّق بين أن يكون ملفوفاً على صورة الكفن، وبين أن يكون ملفوفاً في ثياب الأحياء، قال الإمام: وهذا لا أصل له، ويجري القولان فيما لو هَدَم عليه بيتاً، وادعى أنه كان ميتاً، وأنكر الولي.

وسواء قلْنا: إن القول قولُ الجانِي أو الوليِّ، فلو أقام الوليُّ بيِّنة على حياته [عمل] بها، ويجُوز أن يُصدَّق الشخص تارةً بالبينة، وتارة باليمين، كالمودع في دعْوَىٰ الردِّ، وللشهود أن يَشْهَدُوا علَىٰ الحياة، إذا كان قد رأوهُ يتلفف في الثوب، ويدخل

---

(١) قال الشيخ البلقيني: ينبغي أن يكون محل القولين في ملفوف تحققت جناية قبل ذلك إما بالبينة أو باعتراف الجاني أو غير ذلك أما لو كان الملفوف سقطاً مثلاً لم تتحقق حياته بطريق من الطرق فالذي ينبغي القطع به أن القول قول الجاني لأن الأصل براءة الذمة ولم يعارضه أصل آخر. انتهى.
ولا خفاء أنه حيث قلنا بصدق الولي أي مع يمينه، والواجب خمسون يميناً على الصحيح واختار ابن الصباغ وجوب يمين واحدة.

البيت وإن لم يتيقنوا حياته حالة القد والانهدام استصحاباً لما كان، ولكن لا يجوز أن يَقْتَصِروا على أنهم أَوْ يدخل البيت، ويتلفف في الثوب قاله صاحب «التهذيب»[١] وغيره. ولو قتل إنساناً، وادعى رقَّهُ، وأنه ليس عليه إلا القيمة، وقال قريبه: بل كان حرّاً فعن النص أن القول قول القريب، وأنه لو قَذَفَ امرأة، وادعى رقَّها، وأنكرتْ، فالقول قولُ القاذِفِ، وفيهما طريقان:

أحدهما: تقرير النصَّيْن، وفرق بأنا إذا لم نوجِبِ الحدَّ، نوجب التعزير، والتعزير زاجر أيضاً، وأما في القتل فإذا لم نُوجبِ القصاصَ، لم نوجب ما يصلح زاجراً.

وأظهرهما: أن فيهما قولَيْن:

أحدهما: يُصدَّق الجاني؛ لأن الأصل عدمُ القصاص.

والأظهر: تصديق القريبِ؛ لأن الغالب والظاهر الحرية ولذلك يُحْكَم بحرية اللَّقيطِ المجْهول الحال.

ومنها قطع طَرَفِ إنسانٍ، واختلفا في سلامته، فادَّعَىٰ الجاني نقصاناً، كالشلل في الذكَر واليد والرِّجْل أو نقصان الأصبع فيهما أو الخَرَس في اللسان أو العَمَىٰ في الحدقة، وأنكر المجنيُّ عليه، فالقول قول المجنيِّ عليه، والتصويرُ فيما إذا اختلفا في أن الأنثيين كانتا مرضوضَتَيْنِ أم لا، ونصَّ في «الديات» إذا اختلفا في سلامة الذِّكَر؛ أن القول قولُ الجاني، وكذلك إذا اختلفا في شَلَل اليد، وللأصحاب طرق:

أظهرها: ويُحْكَىٰ عن أبي إسحاق وَأَبَوَيْ علي بن أبي هريرة والطبري، والقاضي أبي حامد وابن القَطَّان: أنه إن كان العضو ظاهراً؛ كاليد والرِّجْل واللسان والعين، فالمصدق الجاني، إن أنكر أصل السلامة؛ لأن الأصل أنه لا قصاص؛ ولأنه لم يفوت ما يدعيه المجنيُّ عليه والمجنيُّ عليه متمكن من إقامة البينة على السلامة التي تدعيها؛ لظهور العضو، وإن اتفقا على أنه كان سليماً، وادعَىٰ الجاني حدوثَ النقصانِ والشَّلَلِ، فقولان:

أحدهما: أن الجواب كذلك لأن الأصل البراءة عن القصاص.

وأظهرهما: أن المصدَّق المجنيُّ عليه؛ لأن الأصل استمرار السلامة التي كانت، وإن كان العضو باطناً، كالذكر والأنثيين، فقولان، سواءٌ أنكر الجانِي أصْل السلامة أو سَلَّمه وادعى زوالها:

أصحُهما: تصديق المجنيِّ عليه؛ لأن الأعضاء الباطنة لا يُطَّلَع عليها، فيعسر إقامة البينة على سلاَمَتِها.

---

(١) قال النووي: وإذا صدقنا الولي بلا بينة، فالواجب الدية دون القصاص، ذكره المحاملي والبغوي، وقال المتولي: هو على الخلاف في استحقاق القود بالقسامة. والله أعلم.

والثاني: طرْدُ القولَيْن في الأعضاء الظاهرة والباطنة، ويُحْكَىٰ هذا عن ابن الوكيل، وطَرَدَهما في إنكار أصل السلامة، وفي تسليمه ودعْوَىٰ الزوال، ووَجْهُ تصديقِ المجنيِّ عليه مع إنكار الجانِي أصْلَ السلامة، بأن الغالب السلامة؛ ولذلك [أثبتنا] الرد بالعيب في البيع.

والثالث: القطع في الأعضاء الظاهرة بتصديق الجاني، وفي الباطنة بتصديق المجنيِّ عليه، والفَرْقُ أن الظاهر يُطَّلَع عليه وتعرف سلامته، فيمكن إقامة البينة عليها، بخلاف الباطن؛ ولذلك قلْنا: إنه لو علَّق طلاق امرأته على الدُّخُول وسائر الأفعال الظاهرة وادعَتْ حصولها لا تصدق فيه، ولو علَّق على الحيض، فادعته صُدِّقَتْ.

والرابع: عن أبي الطيب بن سلمة: أنه إن أنكر الجانِي أصلَ السلامة، فهو المصدَّق بلا خلاف، وإن سلَّم السلامة وادَّعَى حدوث النقصان، فالمصدَّق المجنيُّ عليه بلا خلاف، ويُخرَّج من الطرق عنْد الاختصَار أقوالٌ، كما في الكتاب جمعها صاحب «التهذيب».

أحدُها: تصديقُ الجانِي على الإطلاق وبه قال أبو حنيفة.

والثاني: تصديق المجنيِّ عليه على الإطلاق، وبه قال أحمد.

والثالث: الفرْق بين العضْو الباطِنِ والظاهر.

والرابع: الفرْق بين أن يُنْكر السلامة أصلاً، وبيْن أن يعترف بها، ويدعي زوالها، فإن اقتصرت على الجوابِ الظاهِرِ، ولم تتعرض للخلافِ، قلْت: المصدَّق المجنيُّ عليه، إلا في العضْوِ الظاهر عنْد إنكار أصل السلامة.

وليعرف بعد هذا أمور:

أحدهما: ما المعْنِيُّ بالظاهر والباطن اللَّذَيْنِ أطلقناهما؟ قال الإمام: تلقيت من كلام الأصحاب فيه وجهَيْن:

أحدهما: أن الباطِنَ ما يجب ستْرُه عنِ الأعْيُن، وهو العورة والظاهر ما عدا ذلك، وأَلْيَقُهما وبفقه الفصْل: أن الباطن ما يُعْتاد ستْرهُ إقامةً للمروءة، والظاهر ما لا يُسْتَر غَالباً؛ وذلك لأن الفَرْقَ بيْن النوعيْن مبنيٌّ على عُسْر إقامة الشهادة وسهولتها، وما يستر غالباً لا يُطَّلَع على حاله، فيعسر إقامة الشهادة فيه، وعن بعض التعاليق أن الوجهَيْن متولدان من لفْظ الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ حيث قال فيما إذا اختلفا في سلامة الأنثيين: إن القول قول المجنيِّ عليه؛ لأن هذا مغيَّبٌ عن أنظار الناس، ولا يجوز كشْفُه لهم، فاعتبر بعضهم المعنَىٰ الأول، وآخرون الثانِيَ.

والثاني: إذا صدَّقنا الجانِيَ، فيحتاج المجنيُّ عليه إلى إقامة البينة على السلامة،

وكيف يقيمها؟ قال ابن الصبَّاغ وغيره: يُبنىٰ ذلك على القولَيْن فيما إذا اعترفا بأصْل السلامة، وادعى الجاني زوالَهَا فإن صدَّقْنا الجَانِيَ، فيحتاج المجني عليه إلى أن يقيم البينة علَىٰ السلامة عند الجناية، ويستغْنَىٰ عن اليمين، فإن أقامها على أنَّه كان سليماً فتسمع أيضاً، ولكن يَحْلِف مع هذه البينة لجَوَازِ حدُوث الخَلَلِ والشَّلَل.

والأصحُّ عند القاضي الرويانيِّ وغيره: أنَّه يكْفِي قولُ الشهود؛ إنه كان صحيحاً، ولا يشترط التعرض لوقْت الجناية، ويجوز الشهادةُ على سلامة العيْن، إذا رآه يتبع بصره الشيْء زماناً طويلاً ويتوقى المهالك، ولا يجوز بأن يراه وَيُتْبِع بصَرَه الشيْءَ الزمانَ اليسير؛ لأن ذَلِكَ قد يوجَدُ من الأعْمَىٰ، وكذلك تجوزُ الشهادةُ على سلامة اليد والذَّكَر برؤية الانقباضِ والانبساطِ.

والثالث: في تعليقِ الشيخ أبي حامِدٍ وغيره: أن القَولَيْن فيما إذا ادَّعَىٰ الجانِي زوالَ السلامة التي كانت منصوصان في «الأم» وذهب جماعةٌ إلى أنهما مخرَّجان من القولَيْن في «مسألة الملفوف»، وأنهما متفقان على أصْل الحياة هناك، وعَكَس الإمام القضيَّةَ؛ فجَعَل الخلافَ في «مسألة الملفوف» مبنيّاً على الخلاف في هذه الصورة.

والرابع: إذا اختلفا في أصْل العضو، فعن بعضهم إطلاقُ الخلافِ في أن المصدَّق أيُّهما؟ واستدرك الإمام وقال: مَنْ أنكرَ أصل العضو أنكر الجناية، فيقطع بتصديقه وإنما موضع الخلاف ما إذا اتفقا على أصْل العضْو والجناية عليه، واختلفا في حال العضْو صحةً وشللاً وعمًى وإبصاراً، ومِنْ هذا القبيل ما إذا قَطَع الكف، واختلفا في نقصان أصبع، وليس منه ما إذا ادَّعَىٰ المجنيُّ عليه أنهُ قطعَ الذَّكَر والأنثيَيْن، وقال الجاني: لم أقطَعْ إلا أحدهما؛ لأن الأصبع جزءٌ من العضو الذي وردَتِ الجناية عليه، وقطْع الكفِّ قَطْع الأصبع، بخلاف الذَّكَر والأنثيين.

ومنها: لو قطَع يدَيْه ورجلَيْه، فمات، واختلف الجاني والوليُّ، فقال الجاني: مات بالسراية، فعلَّى دية، وقال الوليُّ: بل مات بعد الاندمال، فعليك ديتان فيُنْظَر؛ إن لم يمكنْ الاندمال في مثْل تلْك المدة؛ لقصر الزمان؛ كيوم ويومين، فالقولُ قول الجانِي بلا يمين، وفي تعليق الشيخ أبي حامد: أنه يحْلِف؛ لجواز أن يكون الموت بسببٍ حادثٍ؛ كَلَسْعِ حَيَّةٍ، وشُرْبِ سُمٍّ مذفِّفٍ، ولم يستحسن ما ذكره؛ لأن تنازعهما في الاندمال والسبب الآخر لم يَجْرِ له ذكْرٌ، حتى ينفي، وإنما يجري التحليف بحسب الدعْوَىٰ والإنكار، وإن أمكن الاندمال في تلْك المدَّة، فقد فصل فيه تفصيلان:

أحدهما: ذكر جماعة، منهم ابن الصباغ والقاضي الرويانيُّ: أنه، إن مضتْ مدَّةٌ طويلةٌ لا يمكن أن تبقى الجراحةُ فيها غير مندملة، فالقول قول الوليِّ بلا يمين، وإن أمكن الاندمال وعدمه في تلْك المدة، فالقول قوله مع اليمين، ويشبه أن يقالَ: ليس

لمدَّة الاندمال ضبْطٌ، وقد تبقى الجراحةُ سنين كثيرة، والشخْصُ ضمن بِسَبَبِهَا إلى أن يَمُوت منها، فينبغي ألاَّ يكُون التصديقُ عند إمكان الاندمال، إلا باليمين، وهكذا ذكره صاحب «التهذيب» وغيره.

والثاني: قال الإمام: إن أمكن الاندمالُ، لكنه كان بعيداً، وكان الظاهر خلافَه، فالقولُ قول الجانِي؛ بناءً على ظاهِرِ الحالِ، وادعَىٰ وفَاقَ الأصحاب فيه، والذي يوجَدُ للأكثرين أن المصدَّق الوليُّ، وربَّما قطَعُوا به وعن أبي الطيِّب بن سلمة تخريجُ قولٍ من «مسألة الملفوف» أو من الصورة المذكورة مِنْ بَعْدُ: أنه يصدَّق الجانِي؛ لأن ما يقوله محتَمَلٌ، والأصل براءة الذمة، وعلى هذا ينطبقُ قوله في الكتاب، فهو خارج على تَقَابُل الأصلَين إلى آخره، ويجوز إعلامه بالواو؛ لِقَطْع مَنْ قطع بتصديق الوليِّ.

ولو اختلفا في مضيِّ زمان الاندمال، فالمصدَّق الجاني؛ لأن الأصْل أنه لم يمْض، ولو قال الجانِي ماتَ بالسراية، أو قتلتُه قبل الاندمال، وادعَىٰ الوليُّ أنه مات بسببٍ آخَر؛ بأن قال: قتل نفسه أو قتله آخر أو شرب سُمّاً مُوحِياً، فوجهان:

أحدهما: أن المصدَّق الجاني؛ لأن ما يقوله محتملٌ والأصل براءة الذمة، ويُحْكَىٰ هذا عن أبي إسحاق.

وأظهرهما: وبه قال أبو عليٍّ الطبريُّ، أنه يصدَّق الوليُّ؛ لأن الأصل بقاء الديتين الواجبتين بالجنايتين، والأصل عدَمُ السبب الآخر، ولو اقتصر الوليُّ على أنه ماتَ بسببٍ آخَر، ولم يعينه، فعن الصيدلانيِّ: أنه لا يلتفت إلى قوله إن قَصُر الزمان، ولم يمكن فيه الاندمال؛ لأن تَرْكَ التعين يُشْعِر بأنه لا سَبَبَ، وأن مراده دعوى الاندمال، وإن أمكن الاندمال، فإن صدَّقناه بيمينه، ولم نُحْوِجه إلى البينة قبل قوله، وحلَف على أنه ماتَ بسبَبٍ غير الجناية، وإن لم نُصدِّقه وأحوجناه إلى البينة، فلا بد من التعيين؛ لتصوُّر إقامة البينة، قال الإمام: ولاَ يَبْعُد التخريج على الوجهَيْن، وإن لم يُمْكن الاندمالُ، فلو اتفقا على أن الجانِيَ قتله، ولكن قال: قتلته قبل الاندمال، فعَلَيَّ ديةٌ وقال الوليُّ: بل بعده، فعليكَ ثلاثُ دياتٍ، والزمان يحتمل الاندمال، فيصدَّق الوليُّ في بقاء الديتين، والجاني في نفي الثالثة، ويجيء وجهٌ أنه يصدَّق الجاني على الإطلاق.

ولو قطَع إحْدَىٰ يديه ومات، فقال الجاني: مات بسبب آخَرِ مِنْ قَتْلِ أو شُرْبِ موح، وليس عليَّ إلا نصْفُ دية.

وقال الوليُّ: مات بالسراية، وعليكَ ديةٌ تامةٌ، فوجهان قال في «التهذيب»: أصحهما: أن القول قولُ الوليِّ؛ لأن الأصْل أنَّه لم يوجَدْ سببٌ آخر.

والثاني: يصدَّق الجاني؛ لأن الأصْل براءة ذمته، ولو قال الجانِي: مات بعْدَ

الاندمالِ، وليس عليَّ إلا نصفُ الدية، وقال الوليُّ: مات بالسراية، والزمان زمانٌ محتملٌ للاندمال، فالظاهر أن المصدَّق الجاني؛ لأن الأصْل براءة الذمَّةِ، ولم يَثْبت ما يوجب الديَة، بخلاف قطع اليدين والرجلين المُوجِب لديتين، وفيه وجه أنه يصدَّق الوليُّ؛ لأن الأصل بقاءُ الجناية وسرايتها، ولو اختلفا في مضيِّ زمان الإمكان، فالمصدَّق الوليُّ، إذِ الأصلُ أنه لم يمض، ولو قتله الجاني بعْد القطْع، وقال: قتلته قبل الاندمال، فعليَّ ديةٌ، وقال الولي: بل بعده، وعليك دية ونصْفٌ، فالمصدَّق الجاني.

ولو جرحه بقَطْع يد أو غيره، فمات، فقال الجاني: جاء آخر، فحز رقبته، ليس عليَّ قصاص النفس، وقال الوليُّ: بل مات بسراية جراحتك، ففي المصدَّق منهما وجهان.

أظهرهما: أن المصدَّق الوليُّ، وعن الداركيِّ: القطْعُ، وبه لو قال الجاني: مات بعد الاندمال، وقال الولي: بل بالسراية، قال الإمام: إنْ طالتِ المدَّةُ، وكان الظاهرُ الاندمالَ، صدِّق الجاني بيمينه؛ لأن الأصل أنْ لا قصاصَ، ولم يظهر ما يوجِبه، وهو الجرح الساري بخلاف ما إذا تنازَعَا بعْد قطْع اليَدَيْن والرِّجلَيْن، فإنَّ موجب الديتين قد وجد هناك، وإن قَصُر الزمان وبعد احتمال الاندمال، فالمصدَّق الوليُّ، وعن القاضي أبي الطيِّب نقْل قولَيْن مطلقَيْن، مهما كانت [المدة] محتملة الاندمال، في قَوْلٍ يُصدَّق الوليُّ لأن الأصل بقاء أثر الجناية وفي قول: الجاني؛ لأن الأصل براءة الذمة[1]، وإن لم تحتملِ المدةُ الاندمالَ، قال فيصدَّق الوليُّ بلا يمين، وإن لم تحتمل بقاء الجرح، فيُصدَّق الجاني بلا يمين، وحيث صدَّقنا من يدعي الاندمالَ، فلو أقام الآخَرُ بيِّنة على أن المجْروح لم يزل، ضمناً متألماً من الجراحة، حتى مات، قَوِيَ جانبُه ورجَعْنا إلى تصديقه كذلك حكاه الإمام وغيره.

ومنْها: أوْضَحَ رأسَه موضحتين، ثم رفع الحاجز بينهما، واختلفا، فقال الجانِي: رفعتُه قبل الاندمال، فليس عليَّ إلا أرشٌ واحدٌ وقال المجنيُّ عليه: بل بعده، وعليك أرشُ ثلاثِ موضحاتٍ، قال الأئمة: إن قَصُر الزمان، صدِّق الجاني بيمينه، وإن طال، صدِّق المجنيُّ عليه بيمينه، كما سبق نظيره، وإذا حلَف المجنيُّ عليه، ثبت الأرشان، وهل يثبت الثالث؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه ثبت رفْع الحاجز باعترافه، وثَبَت الاندمال بيمين المجنيِّ عليه فقد حصَلَتْ مُوضِحَةٌ ثالثةٌ.

---

(١) في الأصل: يصدق الولي لأن الأصل براءة الذمة وفي قول يصدق الجاني لأن الأصل بقاء أثر الجناية.

وأصحُّهما: أنه[1] لا يَثْبُت، وتصدَّق فيه الجاني؛ لأنه يقول: رفَعت الحاجز، حتَّى لا يلْزَمُني أرشان، بل يعود الأوَّلان إلى واحِدٍ، فإن لم يُقْبَل قوله في الاتحاد، وجَب أن لا يُقْبل في الثالث الذي لم يَنْصُت موجِبهُ، ولو وجدْنا الحاجز بينهما مرتفعاً، وقال الجاني: رفعْتُه أنا أو ارتفع بالسراية، وقال المجنيُّ عليه: بل رفعه آخر أو رفعتُه أنا، فالظاهر تصديق المجنيِّ عليه؛ لأن المُوضِحَتَيْنِ توجبان أرشَيْنِ، والظاهر بثبوتِهما واستمرارهما، ولو كان الموجود موضحة واحدةً، وقال الجاني: هكذا أوضحْتُ، وقال المجنيُّ عليه: أوضحْتُ موضحتين، وأنا رفعتُ الحاجز بينهما، فالقولُ قول الجاني؛ لأن الأصل براءة الذمة، ولم يوجد ما يقتضي وجوبَ[2] الزيادة.

وقوله في الكتاب: «فيُخرَّج التصديق على تَقَابُلِ الأصلَيْن» يعني «فيه قولان» ونحوه قوله: «فهو خارج على تقابل الأصلَيْن». وهذا تمام الكلام في الفنِّ الأوَّل.

الفَنُّ الثَّاني فِي حُكْمِ القِصَاصِ الوَاجِبِ

وَفِيهِ بَابَانِ:

البَابُ الأَوَّلُ فِي ٱلاسْتِيفَاءِ

وَفِيهِ ثَلاثَةُ فُصُولٍ:

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الفَصْلُ الأَوَّلُ فِيمَنْ لَهُ وِلاَيَةُ ٱلاَسْتِيفَاءِ فَإِنْ كَانَ القَتِيلُ وَاحِداً فَهُوَ لِكُلِّ الوَرَثَةِ عَلَى فَرَائِضِ اللَّه تَعَالَىٰ فَإِنْ كَانَ فِيهِمْ مَجْنُونٌ أَوْ صَغِيرٌ ٱنْتُظِرَ (ح م) تَكْلِيفُهُ، وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ غَائِبٌ ٱنْتُظِرَ حُضُورُهُ، فَإِنْ تَزَاحَمُوا أُقْرِعَ بَيْنَهُمْ فَمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ فَلِغَيْرِهِ مَنْعُهُ مِنْ أَصْلِ ٱلاَسْتِيفَاءِ، وَيَدْخُلُ فِي القُرْعَةِ المَرْأَةُ وَالعَاجِزُ عَلَىٰ أَحدِ الوَجْهَيْنِ لِيَسْتَنِيبَ إِنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ.**

---

(١) صورة المسألة أن يوضح الجميع عمداً، أما لو أوضح موضحتين عمداً ورفع الحاجز بينهما خطأ قلنا بالصحيح أنه لو رفعه عمداً تداخل الأرشان فهل يلزمه أرش ثالث أم لا يلزمه إلا أرش واحد وجهان قال الشيخ في زيادته أرجحهما أرش فقط ذكره في الباب الثاني في دية ما دون النفس في السبب الرابع في اختلاف الحكم.

(٢) قال النووي: باب الاختلاف واسع، وإنما أشار هنا إلى مسائل منه، وباقيها مفرق في مواضعه، ومنها: لو قطع أصبعه، فداوى جرحه وسقطت الكف، فقال الجاني: تآكل بالدواء، وقال المجني عليه: بل تآكل بسبب القطع، قال المتولي: نسأل أهل الخبرة، فإن قالوا: هذا الدواء يأكل اللحم الحي والميت، صدق الجاني، وإن قالوا: لا يأكل الحي، صدق المجني عليه، وإن اشتبه الحال، صدق المجني عليه، لأنه أعرف به، ولا يتداوى في العادة بما يأكل.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عرفت في أول الجِرَاحِ وقُوعَ الكلام في فَنَّيْنِ:

أحدهما: في موجِبِ القِصَاصِ.

والثَّانِي: في حُكْمِهِ بعْد الوجوب، وهو الذي نَخُوضُ فيه، وإذا وجب القصاصُ، فإما أن يُسْتَوْفَىٰ أو يُتْرَكَ ويُعْفَىٰ عنه، ففي [الطرفين] بابان: أما الأوَّل، ففيه ثلاثة فصول:

أحدها: فيمن يَلِي الاستيفاء.

والثاني: في كيفية الاستيفاء تعجيلاً وتأخيراً.

والثالث: في طريق الاستيفاء، وحفْظِ المماثلة فيه ما أمكن.

أما الفصل الأول، فولاية الاستيفاء للمستحِقِّين، والقصاصُ يستحِقُّه جميع الورثة على فرائض الله تعالى، وحكى ابن الصبَّاغ وجهَيْن آخرَيْنِ للأصحاب:

أحدهما: أنه للعصباتِ خاصَّةً؛ لأن القصاص [لرفع] العارِ، فيختص بهم كولاية النكاح.

والثاني: أنَّه للوارثين بالنَّسَب دون الوارثين بالسَّبَب؛ لأن السبب ينقطع بالموت، والقصاص للتشفِّي فإذا انقطع السبَبُ، فلا حاجة إلى التشفِّي، والمذهبُ المشهورُ الأوَّل، وبه قال أبو حنيفة وأحمد، ووُجِّه بأن القصاصَ أحدُ بدلي النفْس، فيستحقه جميعُ الورثة، كالدية، ويُروى؛ أن رجلاً قَتَل آخَرَ في عهْدِ عمرَ - رضي الله عنه - فطَالَب أولياؤه بالقَوَد، ثم قالتْ أخت القتيل، وكانت زوجة القاتِلِ: قد عَفَوْتُ عن حَقِّي فقال عمر - رضي الله عنه: عَتَقَ[1] الرجُلُ، والأشهر عن مالك أنَّ القصاصَ لا يثبُتُ إلا لِعَصَبات النَّسَب، وعنه رواية أخرى: أنَّه يثبتُ لرجال القرابة، حتى يستحقه الأخ للأمِّ أيضاً ورواية ثالثة: أنه يثبُتُ لرجَال القرابة، والأمُّ من جملة النساء، وإذا قُتِلَ من [ليس] له وارثٌ خاصٌّ، فهل للسلطانِ أن يقْتص من قاتله أو يتعيَّن أخْذُ الدية فيه قولان مذكوران في كتاب «اللقيط» وإن خلَّف بنتاً واحدةً أو جدةً أو أخاً لأم، فإن قلْنا: للسلطان استيفاءُ القصاص، إذا لم يكُنْ وارثٌ، استوفاه مع صاحب الفرض، وإلاَّ فالرجوع إلى الدية، ثم فيه صورتان:

إحداهما: إذا كان بعْضُ الورثة غائباً أو كانَ فيهِمْ صبيٌّ أو مجنونٌ انتظر حضورُ الغائِب أو مراجَعَتُه، وبلوغُ الصبيِّ أو إفاقَةُ المجنون، ولم يَكُنْ للحَاضِرِينَ والبالِغِينَ العُقَلاء الانفرادُ بالاستيفاءِ خلافاً لأبي حنيفة ومالك في الصبيِّ والمجنونِ؛ حيث قالاَ:

---

(١) رواه البيهقي من حديث زيد بن وهب وزاد: فأمر عمر لسائرهم بالدية، وساقه من وجه آخر نحوه.

لا يُنتظر بلوغُ هذا، وإفاقة ذلك. وعن أحمد روايتان، [لنا] أن للصبيِّ والمجنون حقّاً في القصاص؛ ألا ترى أنهما يستحقانه بتقدير الانفراد، وإذا ثَبَت لهما حقُّ القصاص وجب أن لا يفُوتَ عليهما بالاستيفاءِ، كما في حق الغائب، وهذا لأن القصاص للتشفِّي ودرك الثأر، فحقُّه التفويض إلى خيرة المستحق.

وإذا انفرد صبيٌّ أو مجنونٌ باستحقاق القصاص، لم يستوفه الوليُّ، والقيِّم يستوي فيه قصاص النَّفْس والطَّرَف[1] وعند أبي حنيفة: للوليِّ استيفاء [القصاصين] وللوصي استيفاء قصاص الطَّرَف، وسلَّم أن القيِّم لا يستَوْفِي واحداً منهما، وقد سبق في: «باب الحجر» أن الوليَّ لا يستوفي قصاصَ الصبيِّ، ولا يعْفُو عنه، ولكن لم يذكر مذهب أبي حنيفة هُنَاك ويجوز أن يُعْلَم قوله في الكتاب هناك: «ولا يستوفي قصاصه» بالحاء.

وأما أن الوليَّ هل يأخذ المال، وهل للمستحِقِّ عند كمال الحالِ، أن يرد المال ويقتص، فقد ذكرناه في باب «الحجر»، وفي «باب اللقيط» ويحبس القاتِلُ إلى أن يبلغ الصبيُّ ويفيق المجنون، ولا يُخَلَّى بالكفيل، فقد يهرب، فيفوت الحق، وكذلك يُحْبَس إلى أن يَقْدُم الغائبُ ضبْطاً لحقِّ القتيل، كما لو وَجَد الحاكمُ مال ميِّت مغصوباً، والوارثُ غائبٌ، فإنه يأخذه حِفْظاً لحقِّ الميت، وذكر ابن الصباغ أنَّ في قصاصِ الطرَف لا يُحْبَسُ الجاني إلى قُدُوم الغائب؛ لأن الحاكم لا ولاية له على الغَائِب المكلف، كما لا يأخذ ماله المغصوب، وفي كلام الإمام وغيره ما يُنَازع فيه، ويُشْعِر بأنه يأخذ مال الغائِب ويحفظه له، وأن الحاكِمَ يحبس الجانِيَ [في قصاص الطرف] أيضاً، وفي «أمالي» أبي الفرج السرخسي أنَّ الشيخ أبا عليٍّ قال: لا يُحْبس القاتل، بل يطلب منه كفيلاً، لأن الحَبْس ضمُّ عقوبة إلى القصاص المستَحقِّ عليه، وحمل الحبس في كلام الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ على التوقُّف والانتظار، والمشهورُ الأوَّلُ، قال الأصحاب: وإحياؤه محبوساً أهونُ عليه من استعجال القتل، ولا طريق إلى حفْظ الحقِّ سواه.

الثانية: إذا كان القصاصُ لجماعة، وهم حضور كاملو الحال، فليس لهم أن يجتمعوا على مباشرة قتله؛ لأن فيه تعذيباً وإهانةً، ولكن يتفقون على واحدٍ يستوفيه أو يوكلون أجنبياً، وإن تزاحموا ورام كلُّ واحد منهم أن يستوفي بنفسه، أقرع بينهم، فمَنْ خرجت القُرعةُ له، تولاه، ولكن بأن الباقين، فلو أخَّرُوا، لم يكن له أن يستوفِيَهُ، ويخالف ما إذا تزاحَمَ الأولياء على التزويج، فأقرع بينهم، لا يحتاج من خرَجَتْ له

---

(١) قال في الخادم: قال في الذخائر: هذا إذا ثبت القصاص للطفل بإرث عن غيره فلو كانت الجناية على الطفل في طرفه ثبت له القصاص وكان للولي استيفاؤه وكذلك في المجنون، وقال القفال: للسلطان استيفاؤه.

القرعة إلى إذْن الآخرين؛ لأن القصاص مبنيٌّ على [الإبراء][1] والإسقاط ولبعضهم تأخيره كإسقاطه، والنكاحُ لا يجوز تأخيرُهُ حتى أنهم لو امتنعوا جميعاً من التزويج، وعَضَلُوا، يزوِّج القاضي، هذا هو الأظهر، ويُحْكَىٰ عن القفَّال بناءً عليه: أنه لا يُقْرع بينهم في الابتداء، إلا بإذنهم، بخلاف القرعة في القسمة، والقُرْعة بين الأولياء.

وروى الإمام وغيره وجهاً: أنه لا حاجةَ بعد خروج القرعة إلى إذْنِ الباقين؛ لتظهر فائدة القرعة وإلاّ فاتفاقهم على واحِدٍ مغن عن القرعة، ولا شك في أنه لو منع أحدُهم من خرجَتْ له القرعة من الاستيفاء، لم يكن له الاستيفاء، وهل يدْخُل في القُرْعة مَن يَعْجز عن الاستيفاء؛ كالشيوخ والصبيان والنسوة؟ فيه وجهان، وقال القاضي ابن كج وأبو الفرج الزاز: أيضاً قولان:

أحدهما: نعم؛ لأنه صاحبُ حقٍّ، فإن خرجَتْ له القرعة استناب من يقدر عليه.
والثاني: لا لأنه ليس أهلاً للاستيفاء والقرعة إنما تَجْرِي بين المستوين في الأهلية، والأرجحُ الأول عند صاحب «التهذيب».

والثاني: عند القاضي ابن كج وأبي الفرج، والإمام وغيرهم وعن بعض الأصحاب: طريقةٌ قاطعةٌ به، وإذا قلْنا: لا يدخل العاجزُ في القُرْعة، فلو خرجَتْ لقادرٍ، فعجز، أُعِيدت القرعةُ بين الباقين، وإن قلْنا: يدخل، فلا يعاد ولكن يستنيب.

وقوله في الكتاب: «فإن كان القتيل واحداً» بين به أن الذي نذكره الآن فيما إذا لم يَزْدَحِم على القاتل أولياء قتيلَيْنِ أو قَتْلَىٰ، فأما إذا قتل اثنين فصاعداً وأرادَ وَلِيُّ كلِّ قتيل قتْلَه به، فسيأتي إن شاء الله تعالى مِنْ بَعْدُ.

وقوله: «فهو لكل الورثة» معلم بالميم والواو.

وقوله: «انتظر تكليفه» بالحاء والميم والألف.

وقوله: «فإن تزاحموا أُقْرِعَ بينهم» أي تزاحموا على الاستيفاء، والمقصود ما إذا استحَقُّوا القصاصَ في النفْس بضَرْب الرقبة، وأما في قصاص الطَّرَف، وقصاص النفْس المستحَقّ بقَطْع الطَّرَف ونحوه، فسيأتي إن شاء الله تعالى.

وقوله: «فلغيره منعه مِنْ أصْل الاستيفاء» أشار بهذه اللفْظة إلى أنَّه ليْسَ له أن يقول لا تستوفي ولكن نقول: لا تستوفِ، وأنا لا أستوفِي أيضاً.

وقوله: «ويدخل في القرعة» إلى آخره [يصح] إعْلاَمُهُ بالواو؛ بطريقة مَنْ قال: «لا يدخل بلا خلاف».

---

(١) في ز: «الولاء».

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ بَادَرَ وَاحِدٌ فَقَتَلَ فَفِي وُجُوبِ الْقِصَاصِ قَوْلاَنِ، فَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْعَفْوِ مِنَ الْبَعْضِ فَقَوْلاَنِ مُرَتَّبَانِ وَأَوْلَىٰ بِالْوُجُوبِ، وَوَجْهُ الإِسْقَاطِ شُبْهَةُ خِلاَفِ عُلَمَاءِ الْمَدِينَةِ فِي إِثْبَاتِ الاسْتِبْدَادِ لِكُلِّ وَاحِدٍ، فَإِنْ قُلْنَا: لاَ قِصَاصَ فَقَدِ اسْتَوْفَىٰ حَقَّهُ وَيُغَرَّمُ نَصِيبَ الْبَاقِينَ عَلَىٰ أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ لأَنَّ لَهُ حَقّاً فِي الْمُسْتَوْفَىٰ بِخِلاَفِ الأَجْنَبِيِّ إِذَا قَتَلَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هذه المسألة توصف بالإشكال والاعتياص، حتى حكى عن الماسرجسي: أنه قال: سَمِعْت أبا بكر الصيرفيَّ يقول: كرَّرتها على نفسي ألْفَ مَرَّةٍ حتى تحقَّقْتُها، وأول ما يذكره أنَّ مَنْ عليه القصاصُ، إذا قَتَله أجنبيٌّ عن القصاص، يلزمه القصاصُ، على ما سَبَقَ ويكون ذلك القصاصُ لورثته لا للَّذِين كانُوا يستحِقُّون القصاصَ عليه؛ لأن القصاصَ للتَّشفِّي ودرك الثأر، ووارثه هو الذي يَحْتَاج إليه. قال في «التهذيب»: ولو عفا ورثته عن القِصَاص على الدِّيَة، فالدية للوارِثِ على الصحيح من المَذْهَب، وفيه وجْه أنها لِمَنْ له القصاصُ، كما إذا قُتِلَ العَبْدُ المَرْهُون، تكون قيمته مرهونَةً.

وأما المستحِقُّون للقصاص، فليس لبعضهم الانفرادُ بقَتْله، كما لا ينفرد باستيفاء تمام الدية، ولو بادَرَ أحدُ ابْنَي المقتولِ الحائِزِينَ، وقَتَل الجانِيَ بغَيْر إذْن الآخر، فيُنْظَر؛ أوقع ذلك قبل عَفو أخيه أو بعْده؟

الحالة الأولى: إذا قتله قبل العَفْو، ففي وجوب القصاص عليه قولان:

أصحهما: وبه قال أبو حنيفة وأحمَدُ، واختاره المزنيُّ: أنه لا يجبُ؛ لأحد معنَيَيْنِ.

أظهرهما: أنه صاحب حقٍّ في المستوفَىٰ، وذلك شبهة دارئة للعقوبة؛ ولذلك لا يجب الحدُّ إذا وطىء الجارية المشتركة بيْنَه وبيْن غيره.

وثانيهما: أنَّ مِنَ علماء المدينة مَنْ ذهَب إلى أنه يجُوز لكلِّ واحدٍ من الورثة الانفرادُ باستيفاء القصاص، حتى لو عفا بعْضُهم، كان لمن لم يَعْفُ أن يستوفيه، ويقال: إنه روايةٌ عن مالك، واختلافُ العلماء في إباحةِ الفِعْل شبهةٌ دارئةٌ للعقوبة، ولذلك لا نوجب الحدَّ بالوطء في الأنكحة المختَلَفِ فيها.

والثاني: يجب القصاص؛ لأنه استوفَىٰ أكثر من حقِّه، فيلزمه القصاص فيه، كما لو استحق الطرَفَ، فاستوفَىٰ للنفس، وأيضاً، فإن القصاص لهما، فإذا قتله أحدُهما، فكأنه أتلف نصف النفْس متعدياً، وأنه سبَبٌ يوجب القصاص بدَلِيل ما إذا قتل اثنان واحداً، والقولان فيما إذا كان القاتِلُ عالماً بتحريم القَتْل، فإن جهلَ، فلا قصاص، بلا خلاف، كذلك ذكر في «التهذيب».

الحالة الثانية: إذا قتلَهُ بعْد عفْو الأخِ، فإما أن يكون عالماً بالعفْو أو لا يكون، إن

كان عالماً، فَيُنْظَر؛ إن لمْ يَحْكُمْ الحاكمُ بسقوط القصاصِ عن الجانِي، ترتب وجوب القصاص على ما إذا قتله قَبْل العَفْو، إن أوجبنا القصاص هناك، فها هنا أوْلَىٰ، وإن لم نُوجِب، فوجهان، ويقال: قولان مبنيان على المعنَيَيْنِ المذكورَيْنِ هناك إنْ علَّلنا بأنه صاحب حقٍّ، فقد سقط الحق ها هنا بالعَفْو، وقتل من لا قصاص عليه [فيلزمه] القصاص، وهو الأصحُّ، وإن علَّلنا بشبهة اختلاف العلماء، فالاختلافُ قائمٌ ها هنا أيضاً، فلا يجب، وإن حكَم الحاكمُ بسقُوطِ القصاصِ عن الجانِي، فعلَيْه القصاصُ قولاً واحداً؛ لارتفاع الشبهة، وامتناع المخالِفِ من المخالفة بعْد حُكْم الحاكم، هكذا أطلقوه، وإن كان جاهلاً بالعَفْو، ترتب على ما إذا كان عالماً، فإن لم نوجِب القصاص عند العلْم فعنْد الجهْل أوْلَىٰ، وإن أوجبناه عند العلْم، فها هنا وجهان أو قولان بناءً على الخلاف فيما إذا قَتَلَ مَنْ عرفه مرتدّاً وظن أنه لم يُسْلِم، فبان خلافُه، وقد مَرَّ أن الأظْهَر الوجوبُ، ووجْهُ الشبه بين الصورتين أن المقْتُولَ معصومٌ والقاتل جاهلٌ بحاله، غير معذُور في الإقدام عليه، ولو قتله العافي أو عَفَوَا ثم قتَلَه أحدُهما، وجب القصاص بلا خلاف.

التفريعُ: إن أوجبنا القصاصَ على الابنِ القاتلِ، وجبت ديةُ الأبِ في تركة الجاني؛ لأنه إذا وجب القصاصُ، لم يقع قَتْلُ الجانِي قصاصاً، كما لو قتله أجنبيٌّ، وإذا فات القصاص، وجبَتِ الدية، فإن اقتص وارثُ الجانِي مِنَ الابن القاتِلِ، أخذ وارثُ المقتص، والابنُ الآخرُ الديةَ مِنْ تركة الجاني، وكانت بينهما نصفَيْنِ، وإن عفا مجَّاناً أو أطلَقَ العفو، وقلْنا: العفو المُطلَق لا يوجب الدية، أخذها الأخوان، وإن عفَا على الدية أو أطلَقَ، وجعلْنا العفْو المطلَقَ موجباً للدية، فللأخ الذي لم يَقْتُل نصف الدية في تركة الجاني، وللأخِ القاتِلِ النصْفُ وعليه ديةُ الجانِي بتمامها، ويقع الكلام في التقاصِّ، وقد يصير النصْف بالنصْفِ قصاصاً، ويأخُذ وارثُ الجانِي النصْفَ الأخير، وقد يختلف القدر بأن يكون المقْتُول أولاً رجُلاً والجانِي امرأةً أو مُسْلِماً، والجاني ذمياً، فتَحْكُم في كل صورة بما يقتضيه الحَال، وإذا قلْنا بالأصحِّ، ولم نوجب القصاصَ على الابن القاتل، فلأخيه نصْفُ الدية؛ لفوات القصاص بغَيْر اختياره، وممن يأْخُذ أخُ القاتِلِ النصْفَ الذي وجب له؟ فيه قولان:

أحدهما: من أخيه القاتِلِ؛ لأنه صاحبُ حقٍّ في القصاص، فإذا بادر إلى القتْل، فكأنه استوفَىٰ حقَّ أخيه مع حقِّ نفسه، فصار كما إذا أوْدَعَ إنسانٌ وديعةً، ومات عن اثنيْن، فأخذها أحدهما، وأتلفها، يرجع الآخرُ بضمان نصيبه علَيْه، لا على المُودع.

وأصحُّهما: وهو اختيار المزنيِّ: أنه يأخذ مِنْ تركة الجانِي؛ لأن القاتل فيما وراء حقِّه كالأجنبي، ولو قتله أجنبيٌّ، يأخذ الورثة الدية من تركة الجانِي، لا من الأجنبي، فكذلك ها هنا، ويخالف «مسألة الوديعة»؛ لأن الوديعة غير مضمونة على المُودع بحال

حتى لو تَلِفَتْ بآفة، فلا ضمان عليه، ولو أتلفَهَا أجنبيٌّ غرمها للمالك، ونفسُ الجاني مضمونةٌ، حتى لو مات أو قتله أجنبيٌّ، تؤخذ الدية مِنْ تركته، واحتج أبو نصر بن الصَّبَّاغ، لهذا القول؛ بأنه لو كان المقتول أولاً أقلَّ دية من الجانِي؛ بأن كل مسلماً، والجانِي ذميٌّ، فقتله أحدُ ابْنَي المسلم، فالواجب على الابن القاتِل نصْفُ ديةِ الذميِّ، وهو سدُسُ ديةِ المُسْلِم، والثابت لأخي القاتل نصْفُ دية المُسْلِم، فلو قلنا: إنه يأخُذُ حقَّه من أخيه القاتل، لم يمكن أن يأخذ ها هنا نصْفَ دية المُسْلِم، ولا يمكن أن يأخُذَ منه ومِنْ ورثة الجَانِي؛ لأن أخاه هو الَّذي أتلف جميع حقِّه، وعَلَى هذا القَوْل، فلا رجُوع له على غيره، وعن ابن سُرَيْج فيما حكاه القاضي ابن كج سَماعاً عن أبي الحسين ابن القطَّان عنه قولٌ ثالثٌ مخرَّج: إن الذي لم يَقْتُلْ من الابنين يتخيَّر بَيْنَ أن يأخذ حقَّه من أخيه، وبين أن يأخُذَه من تركة الجاني، وينزلان منزلة الغاصِب والمُتْلِف مِنْ يد الغاصب، وإذا قلنا: إن حقَّ الذي لم يَقْتُل على أخيه، فلو أبرأ أخاه، برىء، ولو أبرأ وارثَ الجانِي، لم يصحَّ؛ لأنه لا حقَّ له عليه، ولو أبرأ وارثَ الجاني القاتل عن الدية، لم يسقط النصْف الذِي يَثْبُت عليه لأخيه، وأما النصْف الثابتُ للوارث، فيُبْنَىٰ على أن التقاصَّ في الديتَيْن[1] هل يحصُل بنفس الوجوب، إنْ قلْنا: نعم، فالعفو لغْوٌ، وكما وَجَبَا سَقَطَا، وإن قلْنا: لا يحصُل حتى يتراضيا، فيصح الإبراء، ويسقط ما ثبَتَ للوارِثِ على الابْنِ القاتل، ويبقى للابْنِ القاتِل النصْفُ في تَرِكَةَ الجانِي، فإنْ قلْنا: إنَّ حقَّ الذي لم يَقْتُل في تركة الجانِي لا على أخيه، وهو الأصحُّ، فلوارث الجانِي على الابْن القاتِلِ ديةٌ تامةٌ، وله في تركة الجانِي نصْف الدية، فيقع النصْف في التقاصّ، ويأخذ وارثُ الجانِي منه النصْفَ.

وإبراءُ الذي لم يقتل أخاه لاغ؛ لأنَّه لا شيْء له عليه، ولو أبرأ وارثَ الجانِي، صَحَّ، ولو أسقط وارثُ الجاني الديَّةَ عن الابن القاتِلِ، فإن قلْنا: يقع التقاصُّ بنفس الوجوب، فقد سقط النصْفُ بالنصف، كما وَجَبَا، ويؤثِّر الإسقاط في النصْف الآخَرِ، فلا يبقى لأحدهما على الآخر شيْءٌ، وإن قلْنا: لا يقع التقاصُّ إلا بالتراضي، سقَط حقُّ الوارث بإسقاطه، وبقَي للابْنِ القاتِل نصْفُ الديةِ في تركة الجانِي، وإذا كان الابن القاتلُ جاهلاً بالتحريم، وجبتِ الديةُ بقَتْله، ويكون في ماله لقَصْده القَتْل أو على عاقلته؛ لأنَّ الجهل بالحال كالخطأ؟ فيه قولان؛ فإن قلنا: في ماله، فالابن الذي لم يَقْتُل يأخذ نصْف الدية من أخيه أو من تركة الجاني فيه القولان وتفريعهما.

وإن قلنا على العاقلة يأخذ الابنان الدية من تركة الجاني في الحال ووارث الجاني

---

(١) في الروضة الدينين.

أخذ ديته من عاقلة الابْنِ القاتِل، كما تُؤخَذ الدية من العواقل، هَذَا تفريع القولَيْن في الحالة الأولى، وهو أن يبادر أحد الابنين إلى قَتْل الجانِي قبل عفْو الآخر، فأما إذا قَتَلَه بعْد عَفْوِهِ، فإن أوجبْنا القصاصَ واقتص وارثُ الجانِي، فلورثة المقتص منه نصْف الدية في تركة الجانِي، والعافي لا شيْء له إن عفا مجاناً، وإن عفا على نصْف الدية، فيعود الخلافُ في أنه ممَّنْ يأخذه، وإن لم يقتص منه الوارثُ، بل عفا، فيُنْظر في حال العفوَيْن وما يَقْتَضِيَانِهِ من وُجُوب المال وَعَدَمِهِ، وإن لم نُوجب القصاص، فإن كان الآخر قد عفا عن الدية أو عفا مطلقاً، وقلْنا بوجوب الدية في العفْو المطلق، فللآخرين دية أبيهما وعلى الأخ القاتل دية الجاني، فيقع ماله، وما عليه في التقاص، والآخَرُ يأخذُ النصْف منه أو من تركة الجانِي؟ فيه الخلاف، وإن عَفَا مجَّاناً أو أطْلَق، وقلْنا إنه لا يوجَب المَالُ، فلا شيء له، وللأخ القاتل نصْفُ دية أبيه من تركة الجانِي، وعليه تمامُ دية الجاني، على ما تبيَّن.

واعلم أن ما ذكرنا في المسألة من صور الوقُوع في خلاف التقاصِّ كذلك أطلقه الأئمة، لكنه لا يصفُو عن التوقُّف والتردُّد من جهة أن مَوْضِع الخلاف في التقاصِّ ما إذا تساوىٰ الديتان. في الجنس والصفة، حتى لا يَجْرِيَ فيما إذا كان أحدُهُما حالاً، والآخر مؤجَّلاً أو كانا مختلفَيْنِ في قَدْر الأجل، وها هنا أحد الديتين تثبت في ذمة الابن القاتل لوارث الجاني، والآخر يتعلَّق بتركة الجاني، ولا يثبت في ذمَّة الوارث، وهذا الاختلافُ أشدُّ من الاختلاف في قدْر الأجَلِ[1].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَأَمَّا إذا قَتَلَ وَاحِدٌ جَمَاعَةً قُتِلَ بِأَوَّلِهِمْ (ح م) وَلِلْبَاقِينَ الدِّيَاتُ، وَإِنْ قَتَلَهُمْ مَعاً خُصِّصَ بِالقِصَاصِ مَنْ خَرَجَتِ القُرْعَةُ لَهُ، وَهَلْ يُكْتَفَىٰ بِالعَبْدِ فِي مُقَابَلَةِ الجَمَاعَةِ فِيهِ خِلاَفٌ لِأَنَّ حَقَّ الآخرِينَ يَضِيعُ فِي التَّخْصِيصِ، فَإِنْ تَمَالأَ أَوْلِيَاءُ القَتْلَىٰ وُزِّعَ عَلَيهِمْ عَلَى الأَصَحِّ، وَرَجَعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حِصَّةً مِنَ الدِّيَةِ، وَقِيلَ: يَكْفِي عَنْ جَمِيعِهِمْ، وَقِيلَ: يُخَصَّصُ بِالقُرْعَةِ، فَإِنْ كَانَ فِيهِمْ مَجْنُونٌ أَوْ غَائِبٌ فَفِي تَسْلِيطِ الحَاضِرِ وَالعَاقِلِ مِنْ غَيْرِ قُرْعَةٍ خِلاَفٌ، وَلَوْ اجْتَمَعَ مُسْتَحِقُّ النَّفْسِ وَالطَّرَفِ قُدِّمَ مُسْتَحِقُّ الطَّرَفِ، وَلَوِ اجْتَمَعَ مُسْتَحِقُّ اليَمِينِ وَمُسْتَحِقُّ أُصْبُعٍ مِنَ اليَمِينِ أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الواحدُ، إذا قتل جماعةً، قُتِلَ بواحد، وللباقين الدياتُ، وكذلك لو

---

(١) صحح المصنف في باب الكتابة أن التقاص لا يجري في غير الذهب والفضة، وعلى هذا فلا فرق بين تساوي محل الدية وغيره، ولا يجيء أيضاً ما ذكره الأئمة هنا على ما نقل عن النص من جواز التقاص من المثلات لأن الإبل منقوصة.

قطَع الواحدُ أَطرَافَ جماعةٍ، لأنها جناياتٌ، ولو كانت خطأً، لم تتداخل، فعند التعمُّد أولَىٰ وهذا القدْر من المسألة مذكورٌ في الصفات التي يُفضَل بها القاتلُ القتيل، وحكَيْنا هناك خلافَ مَنْ خالف فيه، ولو رضَي الأولياءُ بأن يُقتَل بهم جميعاً، ويَرْجِعُوا إلى ما يبْقىٰ لكلِّ واحدٍ من الدية عند [فض] القصاص عليهم، قال الإمام: لا يُجَابون إلَيْه، لا يختلف المذهب فيه، ثم يُنظَر؛ إن قتلهم على الترتيب، فيُقْتَل بالأول، وللباقين الدياتُ، فإن عفا وليُّ الأول، قُتِلَ بالثَّاني، وهكذا يُرَاعى الترتيب، وإن لم يَعْفُ وليُّ الأول، ولا اقتص، فلا اعتراض عليه، وليس لوليِّ الثاني أن يَبْتَدِرَ إلى قتله، ولو فعل، عُزِّر، ولا غُرْم عليه، بل يقع قتله قصاصاً عن القصاص المستَحَقِّ له، وينتقل حقُّ الأول إلى الدية، وعنه رواية القاضي الحُسَيْن وجْه ضعيفٌ: أنه يُغرَّم للأول ديةَ قتيله، ويأخذ من تركة الجانِي ديةَ قتيل نفسه، وإن كان وليُّ القتيل الأولِ غائباً أو صبيّاً أو مجنوناً، حُبِس القاتلُ إلى أن يَحْضُر وليُّ الأول، أو يكمل حاله، وفي «أبانة الفوراني» قولٌ عن رواية حرملة: أن للثاني أن يقتص، ويصير الحضورُ والكمال مرجِّحاً.

وإن كان قد قتلهم معاً؛ بأن هدَمَ عليهم جداراً أو جرحهم وماتوا معاً، فيُقْرَع بينهم فمَنْ خرجَتْ له القرعة، قُتِل به، ولو خرجَتْ لواحد، فعفا وليُّه أعيدت القُرْعَة بين الباقين، وكذا لو عفا ثان، خرجت القرعةُ له، والمفْهوم من إطلاق أكثرهم؛ أن الإقراع واجبٌ، وعن رواية أبي الفيَّاض وغيره أنَّه مُستحَبٌّ وللإمام أن يقتله بمَنْ شاء منهم؛ لثبوت الاستحقاقِ للكلِّ على التساوِي؛ قال القاضي الروياني: وهو الأصحُّ، وعليه جرى القاضي ابن كج وغيره، وحكَوْا عن نص الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: أحببت أن يقرَعَ بينهم، ولو رضَوا بتقديم واحدٍ بلا قرعة، جاز إذِ الحَقُّ لا يَعْدُوهم، فإن بدَا لَهُم، رُدُّوا إلى القرعة، ذكره الإمام، ولو كان وليُّ بعض القتلَىٰ غائباً [أو صبيّاً أو مجنوناً]، فالقياس الظاهر الانتظارُ، إذا قلنا: لا بد من الإقراع، وفي «الوسيط» عن رواية حرملةَ: أن للحاضر والكاملِ أنْ يقتص ويكون الحضورُ أو الكمالُ مرجِّحاً للقرعة، فإن أشكل الحالُ، فلم نَدْرِ أَقَتَلَهُمْ دفعةً واحدةً أو عَلَىٰ الترتيب، جُعِل كما لو قتلهم معاً، وأُقْرِع بينهم، فإن أقرَّ بسَبْق قتلهم بعْضِهم، اقتص منه [وليه]؛ لأنه أقر على نفْسه بحَقٍّ له.

قال أبو الفرجِ السرخسيُّ: ولوليِّ غيره تحليفُه، إن كذَّبه[1].

---

(١) ما جزم به من الأقراع في هذه الحالة جزم به الأصحاب وهو مشكل من جهة أنه قد يكون قتلهم على الترتيب فتخرج القرعة لغير الأول فيؤدي إلى قتل غير المستحق فإن قتل هو مستحق للقصاص أيضاً دون التقديم قلنا: فالقرعة لا تقتضي استحقاقه للتقديم والأقرب في هذه الحالة أحد أمرين إما أن يقال يتعذر القصاص وللكل الديات. وإما أن يقال يقتل بالمجموع وليهم ما بقي من الديات.

وإذا وقع القتْل على الترتيب، وجاء وليُّ الثاني يطْلُب القصاص، ولم يجيء وليُّ الأول، فعن نص الشافعيِّ - رضي الله عنه - أنه قال: أحْبَبْتُ أن يبْعَثَ الإمامُ إلى وليِّ الأول؛ ليعرف أهو طالِبٌ أم عافٍ، فإن لم يبعثْ، وقتله الثاني، كرهتُه، ولا شيْءَ عليه؛ لأن لكلِّهم عليه حقَّ القَوَد، ويشبه أن تكون الكراهةُ كراهةَ التحريم، وإلا فليس القتل بالأول، بمستَحقٍّ ويَدُلُّ عليه ما رُوِي عن «الأم» فقد أساء بدل لفظه في «الكراهة».

ولو قتل جماعةٌ جماعةً، فالقاتلون كالشخْص الواحِدِ، إن قتلوهم على الترتيب، قُتِلوا بالأول، وإن قَتَلوهم معاً، أُقرِع بينهم، فمَنْ خرجَتِ القرعةُ له قُتِلُوا به، وللباقين الدياتُ في تركاتِ القاتلين، ثم الكلام في فروع.

أحدها: العبْد إذا قتل جماعةً أحراراً أو عبيداً، هل يُقْتَل بجميعهم؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن في تخصيصه ببعضهم تضييع حقِّ الآخرين، ولأن العبْدَ، لو قَتَل جماعةً خطأً، يتضارَبُون في رقبته، فكذلك في القصاص بخلاف الحرِّ، فإنَّ جناياته لا تتداخل، إذا كانت خطأً، فكذلك في القصاص وهذا ما أورده القاضي ابن كج.

وأصحُّهما: عند الإمام والقاضي الرويانيِّ وغيرهما: أنه لا يُقْتَل بهم[1] جميعاً، ويكون بمنزلة الحُرِّ المُعْسِر يُقْتَلُ بواحِدٍ، وللباقين الدياتُ في ذمته تلقى الله تعالى بها، فعلى هذا لو قَتَلَهم على الترتيب، يُقْتَل بالأول، وإن قَتَلهم معاً، يقرع بينهم، ويُقْتل بمن خرجَتِ القرعة له، ولو عفا وليُّ القتيل الأول، أو وليُّ مَنْ خرجت القرعةُ له على مال، تعلَّق المال برقبته، وللثاني قَتْله، وإن بَطل حقُّ الأول؛ لأن تعلُّق المال لا يَمْنَع القصاص، كما لو جنَىٰ العبدُ المرهونُ، فإن عفا الثاني أيضاً على المال، تعلَّق المالان بالرقبة، ولا يُنْظَر فيه إلى التقدُّم والتأخُّر كما لو أتْلَف مالاً على جماعة في أزمنة مختلفة، وإيرادُ صاحب «التهذيب» يُشْعِر بالقطْع بأنه لا يقتل بهم جميعاً، إذا قتل واحداً بَعْدَ واحد، وتخصيص الوجهين بما إذا قتَلَهم معاً.

والثاني: إذا تَمَالأَ عليْه أولياءُ القتلَىٰ، وقتلوه جميعاً، ففيه ثلاثة أوجه:

أصحُّهما: أن القتْلَ يقَعُ عن جميعهم موزَّعاً عليهم، ويرجع كلُّ واحدٍ منهم إلى ما يقتضيه التوزيعُ من الدية، فإن كانوا ثلاثةً، فقد أخذ كلُّ واحدٍ ثُلُث حقِّه، وله ثلثا الدية، ووجهُه أن القصاصَ ثابتٌ لكلِّ واحدٍ منهم، وأيهم انفرد به، كان مستوفياً حقَّه كما ذكرنا، فإذا اشتركوا، وقَع عنهم جميعاً.

---

(١) قضية كلام النووي ترجيح الوجه الثاني لأن القاتلين به أكثر، وصرح به الرافعي في الشرح الصغير ولهذا نقله المصنف عن تصحيح الأكثرين وهو قضية إيراد البغوي وصححه القاضي الحسين وقال عن مقابله إنه غلط وقال في المطلب وصححه الإمام ووافقه جلّ الأصحاب على تصحيحه إلا ابن كج والماوردي فإنهما اقتصرا على إيراد مقابله.

والثاني: أنه يُقرع بينهم، ويجعل القتْل واقعاً عمَّن خرجتْ له القرعةُ، وللآخرين الديةُ.

والثالث: حكاه الشيخ أبو محمَّد عن الحليميِّ: أنه يكتفي به عن جميعهم، ولا رجوع إلى الدية [ووُجِّه] بأنه لو قَتَل جماعةً واحداً متعدِّين، جعلْنا كلَّ واحد منهم كالمنفردِ بالقتل، فكما جعلْنا كلَّ واحدٍ كالمنفرد في الاعتداء، كذلك نجعله كالمنفرد في الاستيفاء.

الثالث: إذا قَتَل رجلاً، وقطَع طَرَفَ آخَرَ، وحضَر المستحِقَّان، فيقطع طرفه أولاً ثم يقتلُ سواءٌ تقدَّم القتْل أو تأخر؛ لأن في القتل على إثْرِ القطع جمعاً بين الحقَّيْنِ، ولو قدَّمْنا قصاص النفْس عند تقدُّم القتل، لفَاتَ قصاص الطَّرَف، ولا معْنى لإسْقَاط قصاص مقصودٍ لمجرَّد تقديم وتأخيرٍ، وعن مالك: أنه يكتفَىٰ بالقتل عن القطْع، فإنه يُفَوِّت الطَّرَف ومنافعَهُ، كما تفوت النفْس.

وإن قطَعَ يمين إنسان، ثم قطَع أصبعاً من يمين آخَرَ، وحضَر المستحِقَّان، فيقطع يمينه للأول، وللآخر ديةُ الأصبع، فإن عفا الأولُ، قُطِعت أصبعه للآخر، وإن قُطِع الأصبع أولاً، قُطِعت أصبعه للأول، والثاني يأخذ ديةَ اليَدِ إنْ شاء، وإن شاء، قَطَع ما بقيَ منْ يد الجاني، وأخذ دية الأصبع، وإنما يراعى التقديم والتأخير ها هنا، بخلاف القطْع مع القتل؛ لأن نقصان الطَّرَف لا يوجب نقصان النفس؛ ألا تَرَىٰ أن بدَلَها لا يختلف، ونقصان الأصبع يوجب نقصان اليد؛ ولذلك يختلف البدَل، هذا ما ذكره الأئمة، والذي أطْلَقَه صاحبُ الكتاب في هذه الصورة: أنه يُقْرَع بينهما ولتحمل على ما إذا وقع القَطْعانِ معاً لا على الترتيب وحينئذٍ، فإن خرجَتِ القرعةُ لصاحب اليمين، فهو كما لو تقدَّم قطعُ اليمين، وإن خرجَتْ لصاحب الأصبع، فهو كما لو تقدَّم قطع الأصبع.

وقوله في الكتاب: «قُتِلَ بأوَّلهم، وللباقين الديات» ليعلَم، بالحاء والميم والألف؛ لما مرَّ من مذاهبهم في نصِّ الموضِع المحالِ عليه، وبالواو؛ لوجهٍ نسَبْنَاه إلى رواية الرويانيِّ؛ أنه يُقْتَل بجميعهم، ولكلِّ واحدٍ قسطٌ من الدية، وهذا الوجه قد نقله الفورانيُّ، وأيضاً، ففي البيان أن بعْضَ أصحابنا الخُراسانِيِّين، قال: يُكْتَفَىٰ بقتل الواحد عن الجماعة، كما هو مذهب أبي حنيفة ومالك، ويجوز إعادة العلاماتِ على قوله: «خُصِّصَ بالقصاصِ مَنْ خرجتِ القرعة له».

وقوله: «وُزِّعَ عليهم على الأصحِّ» يعني من الأوجه.

وقوله: «وقيل يَكْفِي عن جميعهم، وقِيلَ: يُخصَّص بالقرعة» هما الوجهان الآخران.

وقوله: «فإن كان فيهم مجنونٌ» إلى آخره، ظاهرٌ في التصوير فيما إذا قتلهم معاً؛

فإنَّ القرعة حينئذ تُستعمل، ولكنه لا يختص به، بل يجري فيما إذا جرى القَتْل على الترتيب، وفيه صُوَرُ الفورانيِّ كما سبق.

وقوله: «ولو اجتمع مستحِقُّ النَّفس والطَّرَف» أي مستحقُّ القصاص في النفس والطرف ويجوز أن يُعْلَم قوله: «قُدِّمَ مُستحِقُّ الطَّرَفِ» بالميم؛ لِمَا ذكَرْنا من ٱكْتِفَائِهِ بالقتل.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: ثُمَّ لاَ يَنْبَغِي لِلمُسْتَحِقِّ أَنْ يَسْتَقِلَّ دُونَ الرَّفْعِ إِلَىٰ السُّلْطَانِ، فَإِنْ فَعَلَ عُزِّرَ وَوَقَعَ المُوقِعُ، وَلِلسُّلْطَانِ أَنْ يُفَوِّضَ إِلَيهِ القَتْلَ دُونَ الجَلْدِ فِي القَذْفِ فَإِنَّهُ مُتَفَاوِتٌ وَيُتَّهَمُ فِيهِ، وَفِي القَطْعِ تَرَدُّدٌ لِأَنَّهُ قَدْ يُرَدِّد الحَدِيدَةَ، وَمَهْمَا أُذِنَ لِلوَلِيِّ فِي ضَرْبِ الرَّقَبَةِ فَأَصَابَ غَيْرَهُ عَمْداً عُزِّرَ وَلَمْ يُعْزَلْ، وَإِنْ أَخْطَأَ أُمِرَ بِٱلاسْتِنَابَةِ لِعَجْزِهِ، وَلَوْ قَتَلَهُ بِسَيفٍ مَسْمُومٍ يُفَتِّتُهُ قَبْلَ الدَّفْنِ لَمْ يُمَكَّنْ، وَإِنْ كَانَ يُفَتِّتُ بَعْدَ الدَّفْنِ فَوَجْهَانِ، وَأُجْرَةُ الجَلاَّدِ عَلَىٰ المَقْطُوعِ، وَفِي الحَدِّ عَلَىٰ بَيْتِ المَالِ نَصَّ عَلَيْهِ، وَقِيلَ قَوْلاَنِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ مَنْشَؤُهُمَا أَنَّهُ يَخْرُجُ عَنِ العُهْدَةِ بِالتَّمْكِينِ أَوِ التَّمْيِيزِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لَيْسَ لِمستحِقِّ القصاص استيفاؤه دون إذْن الإمام؛ لأنه يحتاج في إثْباتِ القصاص، واستيفائِهِ إلى النَّظَر والاجتهاد؛ لاختلاف الناس في شرائط الوجُوب، وفي كيفية الاستيفاء، وأيضاً، فإن أمر الدمِ خطيرٌ، فلا وجه لتسليط الآحاد عليه، وأيضاً فإنه عقوبة تَتَعلَّق ببَدَنِ الآدميِّ، فلا بد من مراجعةِ الحاكِم، كحدِّ القذف، وعن أبي إسحاق ومنصورِ التميميِّ: أن المستحِقَّ يستقل بالاستيفاء، كالأخذ بالشُّفعة وسائر الحقوق، وظاهرُ المذْهَب الأوَّلُ يستوي فيه قصاصُ النفْس والطَّرَف، وإذا استقل به عُزِّرَ، لكن لا غرم عليه، ويعتد به عن القصاص، ولو استقل المقذُوف باستيفاء صور الحدِّ، إما بإذن القاذف أو دونه، ففي الاحتساب به وجهان[1]، يقاس في أحدهما على القصاص ويفرق في الآخر بأنه لا يتعلَّق بموضع معيَّن، ولا يَهْتَدِي إليه كلُّ أحد، وإذا لم يحتسب به ترك حتى يبرأ ثم يُحَدُّ، ولو مات منه، وجَبَ القصاصُ، إن جلَدَه دون إذنه، وإن كان بإذنه، فلا قصاص، وفي الدية خلافٌ، كما لو قتله بإذنه.

فإذا طلب المستحِقُّ أن يستوفِيَ القصاصَ بنفسه، فإن لم يَرَه أهلاً له؛ كالشيخ والزمن والمرأة، لم يجبه أنه يستنيب وإن رآه أهلاً له، فإن كان المطلوبُ قصاصَ النفْسِ، والطَّالبُ الوليُّ، فيفوضه إليه، بخلاف الجَلْد في القذْف، لا يُفَوَّض إلى المقذُوف، لأن تفويت النفْس مضبوطٌ والجَلْدَات تَختلفُ مواقعُها، ويتفاوت تأثيرُها في

---

(١) قال في الخادم: الأصح عدم الاعتداد.

النفس، وقد يزيد المقذوف في الإيلام للتشفِّي والانتقام، والتعزيرُ كحد القذف، وإن كان المطلوبُ قصاصَ الطَّرَف، والطالبُ المجنيُّ عليه، فوجهان:

أحدهما: يفوضه إليه، كقصاص النفس؛ لأن إبانة الطَّرَف مضبوطةٌ أيضاً.

وأظهرهما: المنع؛ لأنه لا يُؤمَن أن يردِّد الحديدة، ويزيد في الإيلام، فيَسْرِي.

ويُستحب للإمام أن يُحْضِرَ عدلَيْن[1] متيقظيْنِ، ليشهدا، إن أنكر المقتص الاستيفاءَ، ولا يحتاج إلى القضاء بعلمه بتقدير أن يكون [الترافع] إليه، ويتفحَّص عن حال السيف، ليكونَ الاقتصاصُ بالصارم لا بالكَالِّ المعذِّب، وقد رُوِيَ أنه ﷺ قال: «إِذَا قَتَلْتُمْ فَأَحْسِنُوا القِتْلَةَ، وَإِذَا ذَبَحْتُمْ فَأَحْسِنُوا الذبحة»[2] وإذا قتل الجانِي بسيفٍ كالٍّ، فيقتل بالكالِّ أو بالصارمِ؟ فيه وجهان، أشبههما على ما ذكر القاضي الرويانيُّ وغيره: الأولُ[3]، ويُحْكَىٰ الثانيَ عن «المنهاج» للشيخ أبي محمد، وإذا لم تجوز بالكل فإذا بان بعْد الاستيفاء بأن السَّيْف كان كالاً، عُزِّر المستوفِي.

ويُضْبَط الجانِي في قصاص الطرف؛ لئلا يضطربَ، فيؤدِيَ إلى استيفاءِ زيادةٍ، ثم في بقية الفصل صور.

إحداها: إذا أُذِنَ للوَلِيِّ في ضرب الرقبة، فأصاب غيرها، واعترف المُسْتَوْفِي بأنه تَعمَّد، عُزِّر، وكذا لو ادَّعَىٰ الخطَأَ فيما لا يَقَع الخَطَأُ بمثله، كما إذا ضَرَب على رِجْله أو وسَطِه لظهور كذبه، ولكن لا يمنع من الاستيفاء، ولا يعزل لأنه أهْلٌ له، وإن تَعدَّىٰ بما فَعَل وهذا كما أنه لو جرحه قبل الارتفاع إلى مجْلس الحُكْم، لا يُمْنَع من الاستيفاء، ومنهم مَنْ يحكي وجهاً أو قولاً آخر: أنه ينعزل، ويُؤمَر بالإنابة؛ لأنه لا يُؤمَن أن يتعدَّى

---

(١) وما ذكره من الاستحباب هو المشهور، وقال في الحاوي: إذا تعين لواحد استيفاء القصاص اعتبر في استيفائه عشرة أشياء حضور الحاكم الذي حكم له بالقود أو ناشب عنه، وأن يحضره شاهدان وأن يحضر معه من الأعوان من إذا احتاج إليهم أعانوه فربما احتاج إلى كف وردع وأن يؤمر المقتص منه بما يعين عليه من صلاة يومه وبالوصية فيما له وعليه، وبالتوبة، وأن يساق إلى موضع القصاص سوقاً رفيقاً بلا شتم ويستر عورته وتشد عيناه، ويكون ضارباً بغير مسموم قال: وإنما اعتبرنا هذه الشرائط والأوصاف إحساناً في الاستيفاء ومنعاً من التعذيب. انتهى.
وما ذكره من اشتراط حضور الإمام جزم به صاحب المقنع والشيخ في التنبيه وصاحب البيان والذخائر. قال ابن الرفعة: ويدل عليه كلام الشافعي في الأم، وجزم به الشيخ عز الدين في أواخر القواعد.

(٢) رواه مسلم وأحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه، من حديث شداد بن أوس، وسيأتي في الضحايا.

(٣) وقال في الشرح الصغير أنه الأشبه وبه جزم الماوردي في الحاوي والمتولي في التتمة.

ثانياً، ويريد تعذيبه، فلا يسلَّط عليه، ويُنْسَب هذا إلى أبي الحُسَيْن بن القطَّان، وإن ادَّعَىٰ الخطأ فيما يُمْكِن أن يقرع في مثله الخَطَأ، كما لو ضَرَب علىٰ الكتف أو الرأس ممَّا يلي الرقبة، فيحلف ولا يُعزَّر إذا حلف، لكن يعزل، لأن الحال يُشْعر بعجزه وخرقه، ويُرْوَىٰ وجْهٌ أو قولٌ: أنه يُعذَّر بالخطأ، ولا يعزل، وذكر الإمامُ مستدرِكاً أن هذا الوجْه ينبغي أن يكون مخصوصاً بما إذا لم يتكرَّر منه الخطأ، ولم يظْهر خرقه، وإنْ ظَهَرَ، فليمنع بلا خلاف، [ينبغي] أن يكون الوجه الأظهر، وهو أن يعزل مخصوصاً بمَنْ لم تُعْرَف مهارته في ضَرْب الرقاب، أمَّا الماهِرُ فيه، فينبغي ألاَّ يعزل بخطأ اتَّفَقَ له، بلا خلاف.

الثانية: أطلق مطْلِقون وجهَيْن في المنْع من استيفاء القصاص بالسيف المسموم، وقالوا، في وجه: لا يُمْنَع؛ لأنه ليس فيه زيادة عقوبة وتفويت.

والأصحُّ أنه يُمْنَع؛ لأنه يُفْسِد البدن، وقد يفضي إلى التقطُّع وعسر الغسل والدفن، والوجهان عند الإمام فيما إذا كان تأثيرُ السُّمِّ في التقطع والتفتت يتأخر عن الدَّفْن، فإن كان يُؤثِّر قبل الدَّفن، فيمنع منه بلا خلاف لما فيه من هتْك الحرمة، وعلَىٰ هذا جرى صاحب الكتاب، وحيث يمنع، فلو بان بعْد القتل أنَّ الآلة كانتْ مسمومةً، عُزِّر، وفي قصاص الطَّرَف؛ يمنع من المسموم لا محالة، فلو استوفاه بالمسموم، فمات المقتص منه، فلا قصاص؛ لأنه ماتَ مِنْ مستحِقٍّ وغير مستحِقٍّ، ويجب نصْف الدية، ويكون على المستوفِي أو عَلَىٰ عاقلته فيه وجهان:

أشبههما الأوَّل: وفي كتاب القاضي ابن كج ذكر وجْهٍ أنه يجب القصاص.

قال: ولو كان السمُّ مُوحِياً[1] وجَب وجهاً واحداً.

الثالثة: لينصب الإمام من يقيم الحدَّ ويستوفي القصاص[2] بإذْن المستحقين ويرزقه من خمس خمس الفَيْء والغنيمة المُرْصَد للمصالح، فإن لم يكنْ عنده مِنْ سهم المصالح شيءٌ أو احتاج إلَيْه لما هو أهم منه، فظاهر المَذْهب أن الأجْرَةَ في الاقتصاص على المقتصِّ منه؛ لأنه مؤنة حقٍّ، يلزمه توفيته فتلزمه تلْك المؤنة، كما تلزم أجرة الكيَّال على البائع، وأجرة وزان الثمن على المشتَرِي، وعن صاحب «التقريب» روايةُ وجهٍ أنها على المقتص، كما أن أجرة نقْلِ الطعام المشتَرَىٰ على المشتَرِي المستَوْفِي، وبهذا قال أبو حنيفة، وروي عن مالك أيضاً، وذكَر أن مأخذ الخلافِ، وهو أن التسليمَ يَحْصُل بالإبانة وتميز العضو عن الجملة أو يكفي فيه التخلية وقرَّب صاحبُ التقريبِ

---

(١) الموحي بضم الميم وفتح الواو وتشديد الحاء المهملة الذي يقتل في الحال. قاله في الخادم.

(٢) من المهم ذكر شرطه وشرطه الإسلام فلا يجوز للإمام أن يتخذ جلاّداً كافراً لإقامة الحد على المسلمين.

الخلافَ في المسألة من الخلافِ في أن تسليم الثمار المبيعة على رُؤُوس الأشجار، هل تحصل بالتخلية، وفرق الإمام بين البابَيْن فقال: اليد جُزْءٌ من الإنسان، والتسليمُ فيها لا يَحْصُل إلا بالفَصْل، وليست الثمار كذلك؛ ألا ترى أن الجانِيَ لو فاتَتْ يدُهُ بعْد التمكين يستقر عليه ضمانُ الجناية بلا خلاف، وإذا اجتاحت الثمار بعد التخلية، فمن ضمان من يكون فيه الخلافُ المشهورُ، والخلافُ الذي يشبهه هذا الخلافُ وجهان ذُكِرَا في أن مؤنة الجَذَّاذ على البائع أو المشتري تفريعاً على أن الجوائح من ضمان البائع، وأما أجرة الجَلاَّد في الحدود، والقاطع في السرقة، فيحصل من المنقول فيها وجهان أيضاً أرجحهما فيما يقتضيه إيرادُ الأكثرين تصريحاً وتعريضاً؛ أنها تَجِبُ على المجلُودِ والسارقِ المقطوعِ أيضاً؛ لأنها من تتمة الحدِّ الواجبِ عليه، وبهذا قال الماسرجسي.

والثاني: أنها في بيت المال؛ لأن الحد ليس حقّاً يستقر في الذمَّة استقرار القصاص، وإنما الحدود سياساتٌ يقوم بها السائسُ؛ للمصلحة العامة، فعليه القيامُ بتوابعها ومؤناتها، ومنهم من خصَّص الإيجاب على بيْت المال، بما إذا لم يكُنْ للجاني مالٌ، وفي كلام الأئمة ما يُفْهِم ويُرْشِد إلى ترتيب الخلافِ في أجرة الجَلاَّد في الحدِّ على الخلاف في القصاص، فإن قلنا: يجب على بيت المال، فأجرة الجلادين في الحدِّ على بيت المال، بطريق الأَوْلَىٰ، فإن قلنا: إنها على المقتص منه، ففي الحدود تجب على المحدود أو في بيت المال؟ فيه وجهان، والفرْق أن المقتص منه مأمورٌ بالإقرار بالجناية؛ ليستوفى منه موجبها فمؤنة الإيفاء عليه، وفي الجرائم المُوجِبَة للحُدُود، هو مأمورٌ بالستر على نفسه، ونقل جماعة من الأئمة منهم المسعوديُّ والفورانيُّ تولُّدَ الخلاف في الصورتين من ذمَّتيْن نقلوهما عن الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ قالوا: نصَّ في القصاص على أن الأجرةَ على المقْطُوع والمقتول، وفي الحدود على أن الأُجْرة على بيت المال، فقررهما مقرِّرون وتَصرَّف فيهما آخَرُون بالنقل والتخريج، وأثبتوا فيهما قولَيْن.

أحدُهما: الوجوب على الجاني.

والثاني: أنه تجب في القصاص على المستحِقِّ، وفي الحدُود في بيْت المال، وهذه الطريقةُ هي التي أوردَهَا صاحبُ الكتاب، وأجرةُ الجلاَّد في حدِّ القذف كأجرة الاقتصاص، وإذا قلْنا بالوجوب في بيت المال، والتصويرُ فيها إذا لم يكُنْ في بيت المال ما يُمْكِن صرفُه إليه، فيستقرض الإمام على بيْت المال إلى أن يَجِدَ سَعَة.

قال القاضي الرويانيُّ: أو يستأجر بأُجْرَة مؤجَّلَة أو يستسخِرَ مَنْ يقوم به على ما يَرَاه، والاستئجار قريبٌ، والتسخير بعيد، وبتقدير أن يَجُوز ذلك فيَجُوز أن يأخذ الأجرة ممَّن يراه من الأغنياء، ويستأجر بها، ولو قال الجاني: اقْتَصَّ من نفْسِي، ولا أُؤَدِّي الأجرةَ، فهَلْ يُمكن؟ فيه وجهان:

أحدهما: وبه قطع الداركيُّ[1]: نعم؛ لحصول التفويت.

وأظهرهما: المنع؛ لأن المقصود التشفِّي، وذلك لا يتم بِفِعْلِ الجانِي، وأيضاً، فإنه إذا مسته الحديدة فترت يداه، ولم يحصُل الزهوق، إلا بأن يعذب نفْسَه تعذيباً شديداً، وهو ممنوعٌ منه، وعلى هذا، فلو قتل نفْسَه أو قطع طَرَفاً بإذن المستحِقِّ، ففي الاعتداد به عن القصاصِ وجهان:

أحدهما: لا يعتد به، كما لو جلَد نفْسَه في الزِّنا بإذن الإمام أو في القَذْف بإذْن المقذوف، فإنَّه لا يُسْقِطُ الحد عنه، وكما أنه لو قبض المبيع من نفْسِه بإذن المشتري، لا يُعْتَدُّ به.

والثاني: يُعْتَدُّ لحصول الزُّهُوق، وإبانة العضو، ويخالف الجَلْد؛ فإنه قد لا يؤْلِم نفسه، ويُرى الإيلام فلا يتحقق حصول المطلوب، وفي البيع، المقصودُ إزالةُ يد البَائِعِ، ولـم تزل قال في «التهذيب»: ولو قطع السارق نفسه بإذن الإمام، اعْتُدَّ به عن الحدِّ، وهل يمكنه إذا قال: أَقْطَعُ بنفسي؟ فيه وجهان، يحْسُن ترتيبهما على الخلاف في أنَّه هل يُمَكَّن من الاقتصاص من نفسه، والتمكين ها هنا أوْلَىٰ؛ لأن الغرض ها هنا التنكيل، ويَحْصُل ذلك بفعل السارق أو هو أشدُّ، وهناك الغَرَضُ التشفِّي على ما مَرَّ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الفَصْلُ الثَّانِي فِي أَنَّ القِصَاصَ عَلَى الفَوْرِ فَلاَ يُؤَخَّرُ (ح) بِاللِّيَاذِ إِلَى الحَرَمِ بَلْ يُقْتَلُ فِيهِ وَيُخْرَجُ عَنِ المَسْجِدِ الحَرَامِ فَيُقْتَلُ، وَقِيلَ يُقْتَلُ: فِي المَسْجِدِ الحَرَامِ وَيُبْسَطُ الأَنْطَاعُ تَعْجِيلاً، وَلَوْ قَطَعَ طَرَفَهُ فَمَاتَ فَلِلْوَلِيِّ قَطْعُ طَرَفِهِ وَحَزُّ رَقَبَتِهِ عَقِيبَهُ إِنْ شَاءَ، وَلَهُ التَّأْخِيرُ، وَلاَ يُؤَخَّرُ قِصَاصُ الطَّرَفِ لِحَرٍّ مُفْرِطٍ وَلاَ لِمَرَضِ الجَانِي، وَلاَ يُمْنَعُ مِنَ المُوَالاَةِ فِي قَطْعِ الأَطْرَافِ قِصَاصاً وَإِنْ كَانَ قَدْ قُطِعَ أَطْرَافُهُ بِالجِنَايَةِ مُتَفَرِّقاً.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لمستحِقِّ القِصَاصِ اْستيفاؤه على الفَوْر، إذا أمكن؛ لأنَّ القصاص موجبُ الإتلاف، فيتعجَّل، كقيَم المُتْلفات، ويتعلَّق بهذه القاعدة صورٌ.

إحداها: مَنْ وجَب عليه القصاصُ، إذا التجأ إلى الحَرَم، جاز استيفاؤه منه في الحَرَم، سواءٌ كان الواجبُ قصاصَ النفس أو قصاص الطَّرَف، ومثله يُرْوَىٰ عن مالك، وعند أبي حنيفة: لا يُسْتَوْفَىٰ قصاص النفس في الحرم، إلا أن ينشىء القتل فيه، ولكن يضيق الأمْر عليه، فلا يكلَّم ولا يُطْعَم، ولا يُعامَل حتى يخرج، فيُقْتل وسَلَّم أنهُ يستوْفَىٰ قِصاصُ الطَّرَف في الحرم، سواءٌ أنشأ الجناية فيه أو أنشأها خارجَ الحرم، والتجأ إلَيه،

---

(١) وما أطلقه عن الداركي من الجواز محله إذا فعله برضى المستحق فإنه فعل بغير رضاه قال الداركي: ففيه وجهان كذا حكاه صاحب الوافي عن شيخه عنه.

وعن أحمد: أنه لا يُسْتوفَىٰ من الملتجيء قصاص النفس، ولا قصاصُ الطَّرَف، واحتجَّ الأصحاب على أبي حنيفة بالقياسِ على ما سلَّم، وأيضاً بأنه قَتْلٌ، ولو وقع في الحَرَم، لم يوجب ضماناً، فلا يمنع منه، كقتل الحية والعقْرب، ولو التجأ إلى المسْجد الحرام أو غيره منَ المساجد، فيُخْرَج مِنْه، ويُقْتَل؛ لأن هذا تأخيرٌ يسيرٌ، وفيه صيانة للمسجد، وفيه وجه أنَّه تُبسطُ الأنطاع، ويُقْتَل في المسْجِد تعجيلاً لتوفية الحقِّ وإقامة الهيبة[1].

الثانية: لو قطع طرفه، فمات بالسراية، فسيأتي أن القصاص يُستوفَىٰ بمثله، فإذا قطع المجنيُّ عليه طرَفَه، فله أن يحز رقبته في الحَالِ، وله أن يُؤخر، فإن مات بالسراية، فذاك، وإن لم يمت، حَزَّ رقبته، وذلك؛ لأن المستحَقَّ إزهاق الرُّوح، فإن شاء، عَجَّل، وإن شاء، أَخَّرَ، ويجوز أن يُعْلَم بالحاء قوله: «فللولي قطع طَرَفه» لما سيأتي إن شاء الله تعالى.

الثالثة: لا يُؤَخَّر قصاصُ الطرَف لشدَّة الحرِّ والبرْدِ، ولا يُعْذَر المرض، وإن كان مخطراً، وكذلك الجَلْدِ في القذْف، بخلاف قطع السرقة، والجَلْدِ في حدود الله تعالى؛ لأن حقوق الله تعالى مبنية على المساهلة، وحقوقُ العبادِ على المضايقة، هكذا أورده صاحب الكتاب، وهو المذكور في «التهذيب» وغيره؛ وفي «جمع الجوامع» للرويانيِّ: أنه نصّ في «الأم» على أنه يُؤَخَّر قصاص الطرَف بهذه[2] الأسباب، ولو قطع من غيره أطرافاً، ووجب فيها القِصاصُ فللمجني عليه أن يقتص على التوالي، سواءٌ قطعها الجاني متفرِّقة أو متوالية؛ لأنها حقوق اجتمعت عليه، وفيه وجه أنه إذا قطَعَها متفرِّقة، يقتص منها كذلك لما في الموالاة من زيادة الخطر، ووجه أنه لا يوالي بينهما، وإن قطَعَها متواليةً، والظاهر الأَوَّلُ؛ [لأنها حقوق واجبة في الحال.]

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلاَ يُؤَخَّرُ إلاَّ بِعُذْرِ الحَمْلِ عندَ ظُهورِ مَخَايِلِهِ، وَلاَ يَكْفِي مُجَرَّدُ دَعْوَاهَا عَلَىٰ أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ، ثُمَّ يُؤَخَّرُ إِلَىٰ الوَضْعِ، فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ سِوَاهَا مُرْضِعَةٌ فَإِلَىٰ أَنْ يُوجَدَ، وَفِي الحَدِّ يُؤَخَّرُ بَعْدَ الفِطَامِ إِلَىٰ أَنْ يَكْفُلَهُ غَيْرُهَا، وَلاَ يُحْبَسُ فِي الحَدِّ، وَلاَ يُتْبَعُ الهَارِبُ، وَيُحْبَسُ فِي القِصَاصِ الحَامِلُ.

---

(١) قال النووي: ولو التجأ إلى الكعبة، أو إلى ملك إنسان، أخرج قطعاً. والله أعلم.
اعترضه في المهمات بأن في التتمة حكاية وجه ورد بأن الذي في التتمة موافق لكلام الشيخ وأن في البحر حكاية وجه أنه يبسط له الإقطاع.

(٢) هذا الخلاف محله إذا لم تقع الجناية في مثله بأن وقعت الجناية في حال اعتدال الهواء فأخر المطالبة إلى الحر والبرد، أما إذا جنى عليه في زمان شدة الحر والبرد ويستوفي في ذلك الزمان بلا خلاف قطع به في التتمة وهو ظاهر.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: المرأة الحاملُ لا يقام عليها قصاصُ النفس، ولاَ قَصاص الطرَّفِ، ولا حَدُّ القذف ولا حدودُ الله تعالى قَبْل الوضع؛ لما في إقامتها من هلاك الجنين أو الخَوْف عليه، والجَنينُ بريْءٌ لا يُهْلَك بجريرة غيره، ولا فرْق بين أن يكون الولَدُ من حلاَلٍ أو حرام، ولا بين أن يحدث بعد وجُوب العقوبة أو قَبلَه، حتى أن المرتدَّة إذا حبلتْ من الزنَا، لا تقتل حتى تَضعَ، وإذا وضَعت، فلا تستوفي العقوبة أيضاً، حتى ترضع الولَد اللبأ، لأنَّ الولد لا يعيش إلا به، هكذا أطلَقَ المُعْظم حكماً، وتوجيهاً، والقاضي أبو الطيِّب منَع ما ذكروه، وقال: قد تموت المرأةُ في الطَّلْق ويعيش الولَدُ بلَبَن غيرها، ومال إلى أنَّها لا تُمْهَل لإرْضَاع اللِّبأ، وعلَّق الإمام القول فيه، وقال: إن تُحقِّق أن الولَد لا يعيش دون اللبأ، فيُمْهَل إلى أن ترضعه، واعلم أن ما ذكره القاض من أن الوَلَد قد يعيش دونَه صحيحٌ معلومٌ بالمشاهدة، ولكن يشبه أن المُطْلِقِين أرادوا الغالبَ أو أنَّه لا يَقْوَىٰ ولا تشتد بنيته إلا به، على ما بيَّنَّاه في «النفقات»، وحينئذ، فلا يَبْعُد أن يقال: مدة إرضاع اللِّبأ مدة يسيرة، فيحتمل تأخيرُ الاسيتفاء فيها؛ لنزول الخطَر عن المولود، يَكْمُل عيْشُه، ثم إذا أرضعته اللبأ، فإن لم يكُنْ هناك مَنْ تُرْضِع، ولا ما يعيش المولودُ به من لَبَنِ بهيمةٍ أو غيره، فعن ابن خيران: أنه يُسْتَوْفَىٰ فيها القصاص، ولا يبالي بذلك، كما لو كان للقاتل عيالٌ يضيعون ظاهراً لو اقتص منه، والصحيحُ المشهورُ: أنه لا بد من التأخير إلى أن توجد مرضعة، أو ما يعيشِ به أو ترضعه هي حوْلَيْن، وتفطمه؛ لأنه إذا وجَب تأخير العقوبة احتياطاً للحَمْل؛ فَلأَنْ يجب، وقد تيقنا بالوضع وجودَه وحياته، كان أَوْلَىٰ ولو بادر مستحِقُّ القصاص، والحالةُ هذه، فقتلها، فمات، ففي تعليق الشيخ أبي حامد: أنه قاتلُ عَمْدٍ يلزمه القَوَدُ إلحاقاً بما إذا حَبَس رجلاً في بيتٍ، ومنَعَه الطعام والشراب، وكذلك حكاه القاضي ابن كج عن النصِّ عن الماسرجسي، قال: سمعتُ ابن أبي هريرة، يقول: عليه دية الوَلَدِ، فقلت له: أليس لو غصب طعام رَجُل في البادية أو كُسْوته، فمات جوعاً أو برداً، لا ضمان عليه، فما الفرق؟ فتوقَّف، فلما عَادَ إلى الدرْس، قال: لا ضمان فيهما جميعاً، وهذا مصيرٌ إلى نفي القصاصِ بطريق الأَوْلَىٰ.

فهذا إذا لم يكن هناك ما يعيش به المولود أصلاً، ووراءه حالتان:

إحداهما: إذا أمكن تربيةُ المولود بمراضعَ يَتناوبْنَ عليه، أو بلبنِ شاةٍ ونحوه، ولم يوجد مرضعة راتبةٌ، فيُستحبُّ للوليِّ أن يَصْبِر لترضعه هي لِئلاَّ يَفْسد خلقه ولا يسوء نشوءه بالألبان المختلفة ولبن البهيمة، ولو لم يصبر وطلب القصاص، أُجِيب، وفي المقدور عليه مما تَحْصُل به التربيةُ بلاغٌ.

والثانية: إذا وجد مرضعةً راتبة، وطلب المستحِقُّ القصاص، استَوْفَىٰ، وإذا كان

هناك مراضعُ، وامتنعْنَ، فيجبر الحاكمُ مَنْ يرى منهن بالأجرة[١]، والجَلْد في القذف كالقصاص. وأما الرَّجْم وسائر حدود الله تعالى، فلا تُستَوْفَىٰ وإن وُجِدت مرضعة، بل تُرْضِعُه هي، وإذا انقضتْ مدَّة الإرضاع، فلا يُستوفَىٰ أيضاً حتى يوجد للطِّفْل كافلٌ، رُوِيَ أن الغامدية أتتْ رسول الله ﷺ فقالت: «زَنَيْتُ فَطَهِّرْنِي، وَاللَّهِ، إني لَحُبْلَىٰ، قال: اَذْهَبِي، حَتَّى تَلِدِي، فَلَمَّا وَلَدَتْ أَتَتْ بِالصَّبِيِّ فِي خِرْقَةٍ، فَقَالَتْ: هَذَا قَدْ وَلَدْتُه قَالَ: اَذْهَبِي فَأَرْضِعِيهِ، فَلَمَّا فطَمَتْهُ، أَتَتْهُ بِالصَّبِيِّ، وَفِي يَدِهِ كِسْرَةُ خُبْزٍ، فَقَالَتْ: قَدْ فَطَمْتُهُ، فَدَفَعَ الصَّبِيَّ إِلَىٰ رَجُلٍ مِنَ المُسْلِمِينَ، وَأَمَرَ بِرَجْمِهَا»[٢] قال الإمام: والفرق بين القصاص وبين الحدِّ ما تحقَّق أن [حدود] الله تعالى تُبْنَىٰ على المساهلة؛ ولذلك يُقْبَل الرجوع عن الإقرار فيها، وحقوقُ الآدميين تُبْنَىٰ على التَّضْييقِ.

وتُحْبَس الحاملُ في القصاص، إلى أن يُمْكِن الاستيفاء، على ما ذكرنا فيما إذا كان في المستحِقِّين صبيٌّ أو غائبٌ وفيما إذا كان عليها الرجْم أو غيره من حدود الله تعالى، الظاهر، وهو المذكور في الكتاب: أنها لا تُحْبَس؛ بدليلِ قصة الغامدية، وحكى الإمام وجْهاً أنها تُحبَس كما في القصاص، قال الإمام: وإطلاقُ هذا بعيدٌ، والأقرب أن يُقيَّد فيقال: إن ثبت بالبيِّنة، فتُحْبَس، أما إذا ثبت بالإقرار، فلا معْنَىٰ للحَبْس، مع أنه يعرض للسقوط بالرجوع عن الإقرار، ومما يحقِّق الفَرْق بين الحدِّ والقصاص أن الهارِبَ في الحدِّ لا يُتْبَع على رأي، كما سيأتي إن شاء الله تعالى في «الحدود» والهاربُ عن القصاص بخلافه.

وجميعُ ما ذكَرْنا فيما إذا ظهرت مخايلُ الحمل ودلالاته بالإقرار، أو بشهادة النسوة، ولو ادعَتِ المرأة أنها حامِلٌ، فهل يُمْتَنَع عنها بمجرَّد دعواها؟ فيه وجهان:

قال الإصطخري: لا؛ لأن الأصل عدَمُ الحمل، فلا تترك إقامة [الحد] الواجب إلا بينة تقوم على ظهور مخايله، وقال الأكثرون، نعم؛ لأن للحمل أماراتٍ تظهرُ وأماراتٍ تخفى، وهي عوارض تجدها الحامل من نفْسها، وتختص بمعرفتها، وهذا النوع يتعذَّر إقامة البينة عليه، فينبغي أن يُقْبَل قولها، كالحيض، ولأن ما تدَّعيه محتملٌ احتمالاً لا بعد فيه، فلا وجه للهُجُوم على ما يُهْلِك الجنين، إن كانَتْ صادقة.

والأوَّل أصحُّ عند صاحب الكتاب، ورجَّح المعظم[٣] الثانِيَ، قال الإمام: ولا

---

(١) أطلق الإجبار. وقال الروياني في البحر: هذا الإجبار لا يجوز ما دامت الأم موجودة باقية لأن حياة الولد بحياة الأم.

(٢) رواه مسلم [١٦٩٥] من حديث بريدة وسيعاد في الحدود.

(٣) قال الشيخ البلقيني: محل تصديقها حيث أمكن أن تكون حاملاً عادة فلو كانت آيسة لم تصدق واكتفى بدلالة الإياس، وهو معني قول الشافعي أو يعلم أنه لا حمل.

أدري أن الذين اعتمدوا قولَها، يأمرون بالصبر إلى انقضاء مدَّة الحَمْل أو إلى ظهور المخايل، والأظهر الثاني، فإن التأخير أربعَ سنين غير ثبت بعيدٌ، وذكر في «الوسيط» أنَّ على الوجْه الأوَّلَ لا يمكن استيفاء القصاص من منكوحة يخالِطُها زوْجها، وهذا إن كان المراد ما إذا ادعت الحَمْلَ، فكذلك، وإن أراد أنه يمنع الاستيفاء لِمجرَّد المخالطة والوطء من غير دعواها الحَمْلَ، فهو ممنوعٌ؛ لأن الأصل عدم الحَمْل، وجاز أن يقال: إنما يُعْدَلُ عن الأصل بشهادة تستندُ إلى الأمارات الظاهرة، أو بقولها المستند إلى الأمارات الخفية.

وقوله في الكتاب: «ولا يُتْبَعُ الهارِبُ» يجوز أن يُعْلَم بالواو؛ لما سيأتي إن شاء الله تعالى في «الحدود».

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ بَادَرَ الوَلِيُّ فَقَتَلَ الحامِلَ فَغُرَّةُ الجَنِينِ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ إِذْ لاَ يَتَيَقَّنُ حَيَاةُ الجَنِينِ فَهُوَ شِبْهُ عَمْدٍ، وَلَوْ قَتَلَهَا بِتَسْلِيطِ الإِمَامِ فَيُحَالُ بِالغُرَّةِ عَلَى الإِمَامِ فِي وَجْهٍ لِتَقْصِيرِهِ فِي التَّسْلِيطِ أَوْ تَرْكِ البَحْثِ، وَعَلَىٰ الوَلِيِّ فِي وَجْهٍ لِمُبَاشَرَتِهِ، وَعَلَيْهِمَا بِالشَّرِكَةِ فِي وَجْهٍ، وَفِي وَجْهٍ رَابِعٍ يُحَالُ عَلَىٰ الإِمَامِ إِنْ كَانَ عَالِماً، فَإِنْ كَانَ جَاهِلاً فَلاَ، أَمَّا الجَلاَّدُ فَلاَ عُهْدَةَ عَلَيْهِ عِنْدَ جَهْلِهِ بِحَالٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا قُتِلَتِ الحاملُ على خلاف ما أمرْنا به، نُظر؛ إن بادر إليه الوليُّ مستقلاً، أثِمَ، ووجبت غُرَّة الجنين، إن انفصل ميتاً، ويكون على العاقلة على ما هو شأن الغرة؛ لأن الجنين لا يُبَاشَر بالجناية، ولا تُتَيَقَّن حياته؛ فيكون إهلاكه خطأً أو شبه عمد، وإن انفصل متألماً، ومات، وجبت الدية، وإن مكَّنه الإمام وأذِنَ له في قتلها، فقتلها، فقد رتب الأصحاب[1] الكلام في ثلاثة فصول:

أحدها: الإثْم، وهو تَبَعٌ للعلم، فإن علم الإمام والوليُّ أنها حاملٌ، أثِمَا جميعاً، وإن علم أحدُهما دون الآخر، اختص الإثْمُ بمن عَلِمَ وإن جَهِلا، فلا إثْمَ.

والثاني: الضمان؛ فإن لم ينفصل الجنينُ، فلا ضمان، وإن انفصل ميتاً، ففيه الغُرَّة والكفارة، وإن انفصل حيّاً متألماً، ومات كذلك، فعليه دية وكفارة؛ لأن الظاهر أن تألمه وموته من موتها، وإن انفصل سليماً، ثم مات، لم يجب فيه شيءٌ؛ لأنه لا يُعْلَم أنه مات بالجناية أم لا.

والثالث: فيمن يَضْمَنْ، ولا يخلو إما أن يكون الإمام والوليُّ عالمَيْنِ بالحال، أو جاهلَيْنِ أو كان الإمام عالماً دون الوليّ وبالعكس، وهي أربع أحوال:

---

(١) في ز: الإمام.

أحدها: إذا كانا عالمَيْن، فظاهر المذْهب، وهو المنصوص: أن الضمان يتعلَّق بالإمام؛ لأن الاجتهاد والنظر إليه والبحث والاحتياط عليه، وفعل الولي صادر عن رأيه واجتهاده، وهو كالآلة ووراءه وجهان:

أحدهما: وهو اختيار المزنيِّ: أن الضمان على الوليِّ؛ لأنه المباشر، والمباشرةُ أقوَىٰ وأولَىٰ بإحالة الهلاك عليْها، وهذا أرجَحُ عند الإمام وصاحب الكتاب.

والثاني: وعن رواية أبي علي الطبريِّ وصاحب «التقريب»: أن الضمان عليهما بالسوية؛ لأن الوليَّ مباشرٌ، وأمر الإمام كالمباشرة؛ فيشتركان في الضمان.

والثانية: إذا كانا جاهلَيْنِ، ففيمن عليه الضمانُ الوجوهُ الثلاثةُ المذكورةُ في الحالة الأولَىٰ وفي تعليق الشيخ أبي حامد القطْع بالأوَّل منها.

والثالثة: إذا كان الإمام عالماً والوليُّ جاهلاً، فإن أوجبْنا الضمان على الإمام إذا كانا عالمين فها هنا أولى وإن أوجبناه هناك على الوليِّ، فها هنا وجهان يَقْرُبَان من الخلاف فيما إذا أضافَ الغاصبُ بالطعامِ المغصوبِ غيرَهُ، على مَنْ يستقر الضمان؟

والرابعة: إذا كان الوليُّ عالماً، والإمامُ جاهلاً، فالمشهور الصحيحُ أن الضمان على الوليِّ؛ لاجتماع العلْم وقوة المباشرة، وعن صاحب «التقريب» وجْه أنه على الإمام لتقصيره في البحْث، ويخرج مما سقْناه أربعة أوجهٍ، وجوب الضمان على الإمام مطلقاً، ووجوبه على الوليِّ مطلقاً، والشركة مطلقاً، ووجوبه على الإمام، إذا كان عالماً أو كانَا معاً جاهلَيْنِ، وعلى الوليِّ، إذا اختص الجَهْل، وهذه الوجوه الجارية هي التي ذكرها في الكتاب، إلا أن لفظ الرابع غير وافٍ بالمقصود والوافي ما ذكرناه.

التفريعُ: حيث أوجبْنا الضمان على الوليِّ، فالغرة على عاقلته، والكفارةُ في ماله وحيثُ أوجبناه على الإمام، فإن كان عالماً، ذكذلك وإن كان جاهلاً، فعلى القولَيْن في أن ما يَلْزم بخطأ الإمام في الاجتهاد؛ يكون على عاقلته أم في بيت المال، وسيأتي ذكْرُهما:

أظهرهما: وهو المنصوص ها هنا أنه على عاقلته، وعن أبي الطيِّب بن سلمة، وأبي علي الطبريِّ: القطع به، وإذا قلْنا: إن الغرة أو الدية تكون في بيت المال، ففي الكفارة وجهان[1] لقربهما من القربات وبُعْدِها عن التحمُّل، ولو باشر القَتْل نائب الإمام أو جلاَّدُه دون الوليِّ، فإن كان جاهلاً، فلا ضمان عليه بحال؛ لأنه سيف الإمام، وليس عليه البحْث عما يأمره [الإمام] به وإن كان عالماً ففيه خلاف مرتَّبٌ على الخلاف في الوليِّ، إذا كان عالماً وأذنَ له الإمامُ، والجلاَّد أولَىٰ بأن لا يَضْمَن؛ لأنه لا يستَوْفِي

---

(١) وحكاه البندنيجي والقاضي أبو الطيب قولين.

لنفسه شيئاً، وإنما يمتثل مأموراً لمنصب الإمام؛ ولذلك قيل إنه آلة سياسة الإمام، وأنه لا كفارة عليه، إذا جرى على يده قَتْلٌ بغير حقٍّ، ونقل أبو الفرج السرخسيُّ وجهَيْن في أنه هل يعتبر علْمُ الوليِّ والإمام والمباشرِ الجلاَّدِ، وقال: أصحُّهما: أنه يعتبر حتى إذا كان عالماً، وهما عالمان يكون الضمان عليهما أثلاثاً، وهذا كلامُنا في ضمان الجَنين.

وأما الأمُّ، فلا يجب ضمانُها؛ لأنها تَلِفَتْ في حدٍّ أو عقوبة، وجَبَتْ عليها.

قال في «التهذيب»: هذا إذا ماتَتْ من ألم الضَّرْب، فإن ماتَتْ من ألم الولادة تجب ديتُها، وإن ماتَتْ منهما يجب نصف ديتها، وكأن المراد ما إذا ضربها في الحدِّ فَأَفضَىٰ إلى الإجهاض والولادة، فماتَتْ من الألمَيْنِ أو من أحدهما.

فَرْعٌ: إذا لم يعلم الإمام بالحمْل، فأذن للوليِّ في القتل، ثم علم، فرجع عن الإذْن ولم يعلَم الوليُّ رجوعه، فقتل، فعَلَىٰ مَنِ الضمان؟ يُبْقَىٰ ذلك على ما إذا عفا الموكِّلُ عن القصاص، ولم يعلَمِ الوكيل، وسيأتي، ذَكَره القاضِي ابن كج.

واعلم أنه ليْس المرادُ فيما أطلقْنا من العلْم بالحَمْل، وعدم العلْم حقيقةَ العِلْم، وإنما المراد الظنُّ المؤكَّد؛ لظهور مخايله، وعبر عنه الإمام بأن قال: إن كان عالماً بالحَمْل عِلْمَ مثله.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الفَصْلُ الثَّالِثُ فِي كَيفيَةِ المُمَاثَلَةِ وَهِيَ مَرْعِيَّةٌ (ح) فَمَنْ قَتَلَ بِالقَطْعِ أَوْ بِالإِحْرَاقِ أَوْ بِالتَّغْرِيقِ أَوْ بِالتَّخْنِيقِ قُتِلَ بِمِثْلِهِ إِلاَّ إِذَا قَتَلَ بِاللِّوَاطِ وَإِيجَارِ الخَمْرِ فَيُقْتَلُ بِالسَّيفِ مِنْ غَيرِ إِيجَارٍ، وَقِيلَ: يُوجَرُ خَلاًّ وَيُدَسُّ خَشَبَةٌ، وَمَهمَا عَدَلَ المُسْتَحِقُّ إِلَىٰ السَّيفِ مِنْ غَيرِهِ مُكِّنَ لِأَنَّهُ أَسهَلُ، فَلَوْ جَوَّعَ الجَانِيَ أَوْ أَلْقَاهُ فِي النَّارِ بِمِثْلِ تِلْكَ المُدَّةِ أَوْ ضَرَبَهُ بالسِّيَاطِ مِثْلَ تِلْكِ الضَّرَبَاتِ فَلَمْ يَمُتْ فَيَزِيدُ فِي الضَّرْبِ وَالتَّجْوِيعِ أَمْ يَعْدِلُ إِلَىٰ السَّيفِ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ لَمْ يَمُتِ الجَانِي بِقَطْعِ مِثْلِ الأَطْرَافِ المَقْطُوعِ جِنَايَةً فَلاَ يُقْطَعُ طَرَفٌ آخَرُ، وَلَوْ لَمْ يَمُتْ بِمِثْلِ تِلْكَ الجَوَائِفِ فَهَلْ يُوَالِىٰ بِالجَوَائِفِ فِيهِ تَرَدُّدٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: المماثلة مَرْعِيَّةٌ فِي استيفاء القِصاص؛ قال الله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة ـ ١٩٤] وعن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ حرَّقَ حرَّقْنَاهُ، وَمَنْ غرَّقَ غرَّقْنَاهُ»[١] ويروى: «أن يَهُودِيّاً رَضَخَ رَأْسَ جَارِيَةٍ بِالْحِجَارَةِ، فَأَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ بِرَضْخِ رَأْسِهِ بِالحِجَارَةِ»[٢] فإذا قتل إنساناً قتْلاً موجباً إما

(١) رواه البيهقي في المعرفة من حديث عمران بن نوفل بن يزيد بن البراء عن أبيه عن جده، وقال: في الإسناد بعض من يجهل وإنما قاله زياد في خطبته.

(٢) تقدم.

بمحدَّد من سيف أو غيره، أو بمثقل أو خَنَقَه أو غَرَّقَه في ماء أو ألقاه في نَارٍ، أو جوَّعه حتى مات أو ألقاه من شاهق، فللولي أن يقتله بمثل ما قتل به، وبه قال مالك، وخالف أبو حنيفة فيه، وقال: يتعيَّن القتْل بالسيْف، واحتج الأصحابُ بما سبق، وأيضاً، فإن المقصود من القصاص أو مِنْ مقاصده التشفِّي، وإنما يكمل التشفِّي إذا قُتِلَ القاتِلُ بمثل ما قَتَل، ويُستثنىٰ عن القاعدة ثلاثُ صوَرٍ:

إحداها: إذا قَتَل بالسِّحْر، يقتصُّ منه بالسيف؛ لأن عمل السْحر مُحرَّمٌ على أن ذلك مما لا ينضبط، وتختلف تأثيراته.

والثانية: إذا قَتَل باللِّواط، ففيه وجه أنه لا يجب القصاصُ؛ لأنه لا يقصد به الإهْلاَك، وإنما يبغي اللذة وقضاءَ الشَّهْوة فإذا أفضى إلى الهَلاَك، كان خطأً أو عمْدَ خطإٍ، والصحيح وجوبُه إذا كان يقتل غالباً بأن لاط بصغير وعلى هذا؛ ففي كيفية استيفاء القصاص وجهان:

أحدهما: ويحكى عن أبي إسحاق والإصطخري: أنه تدس خشبة في دبره قريبة من آلته[1]، ويقتل بها تحقيقاً للمماثلة بقَدْر الإمكان.

وأصحُّهما: أنه يقتل بالسَّيف؛ لأنه قَتَل بفعْلٍ محرَّم في نفْسه، فيقتل بالسيف، كما لو قتل بالسِّحْر، قال في «التتمة»: وموضع الوجهَيْن ما إذا كان موْتُه متوقَّعاً من المقابلة بمثل ما فعله، أما إذا كان لم يُتوقَّع، وكان موت المجنيِّ عليه لطفولية ونحوها، فلا معنى للمقابلة.

الثالثة: إذا أوجره خمراً، حتى مات، فقد حكى أبو الفرج السرخسي فيه وجهين: أنه لا يتعلَّق به القصاص؛ لأنه لا يقصد به الإهلاك، والصحيح خلافه، وفي كيفية استيفاء القصاص وجهان:

أحدهما: أنَّه يوجَرُ مائعاً آخر من خَلٍّ أو ماء أو شيْء مُرٍّ، والأصح: أنه يُقْتل بالسيف، ولو سقاه البَوْل، حتى مات، فعن القاضي حسين وجهان في أنه يُسقَىٰ مثله أو يكون كالخَمْر، وفرق بين البول والخمر بأن البول يُبَاح للضرورة بخلاف الخَمْر، ولو

---

(١) نازعه ابن الرفعة في هذا القيد وقال: ولم يقيده غيره بهذا وهو الأقرب كما هو ظاهر إطلاق الجمهور، وينبغي أن يعمل قدر ما يقتل مثل القاتل لأن به يقرب المماثلة.
قلت: وعبارة الشاشي في الحلية ويتخذ له مثل تلك الآلة. ومثله عبارة القاضي الحسين في التعليقة وكذا الإمام والمتولي، وقد استشكل في المهمات منع الاقتصاص بالمحرم إلى آخره. فقد أجاب القاضي الحسين عن هذا بأن اللواط كره ومعصية لا من حيث الجناية وليس في القطع معصية لا من حيث كونه جناية فيباح قصاصاً لوجود الجناية.

أوجره ماءً نجساً، قال صاحب «التهذيب»: يُوجَر ماءً طاهراً.

وكما تراعى المماثلة في طريق القتل، تُرَاعَىٰ في الكيفيات والمقادير، ففي التجويع؛ يُحْبَسُ مثل تلك المدَّة، ويُمْنَع الطعام والشراب، وفي الإلقاء في الماء والنار، يلقى في ماء ونار مثلِهما، ويترك تلْك المدة، وتشد قوائمه عند الإلقاء في الماء، إن كان يُحْسِن السباحة، وفي التخنيق يُخْنَق بمثل ما خنق مثل تلْكَ المدَّة، وفي الإلقاء من الشاهق يُلْقَىٰ من مثله، وتُراعَىٰ صلابة الموضع أيضاً، وفي الضرب بالمثقل يراعَىٰ الحجْم وعدد الضربات، وإذا تعذَّر الوقوفُ على قدْر الحجر أو قدْر النار أو عدَدِ الضربات، فعن القفَّال أنه يُقْتلُ بالسيْف، وذكر بعضُهم أنه يؤخذ باليقين[(١)].

ومهما عدل المستحِقُّ من غير السيف إلى السيْف، مُكِّنَ منه؛ لأنه أوحَىٰ وأسهلُ، قال في «التهذيب»: وهو الأولَىٰ وفي «النهاية»: أنه لو قتل بالتخنيق، فأراد الوليُّ أن يقتلَه بالسيف، فقد قطع الشيخ أبو محمَّد بأن له ذلك [و]في الطُّرُق رمزاً إلى خلافه؛ لأن الخنق قد يُظنُّ أنه أقرب إلى إزالة الحسِّ المدْرِك للألَم، والضرْبِ بالسيْفِ يختلفُ باختلاف الضاربين، والمشهور الأولُ، وإذا جُوِّع الجاني مدَّةَ تجويعه، أو أُلْقِيَ في النارِ مثْلَ تلْك المدة التي أَلْقَىٰ فيها، فلم يمت، ففيه قولان:

أحدهما: أنه يُزَاد في التجويع، ويدام في النار، حتى يموت؛ ليكون قتله بالطريق الذي قتل به، ولا يبالي بزيادة الإيلام والتعذيب، كما لو ضرَبَ رقبة إنسان بضربةٍ واحدةٍ، ولم تُحَزَّ رَقَبَتُهُ إلا بضربتين فصاعداً.

والثاني: يعدل إلى السيف؛ لأنه فعل به مِثْل ما فَعَل، وبقي الإزهاقُ، فيحْصُل بأسهل الطُرقِ، ولا يزاد عليه [العذاب][(٢)]، هكذا أطلقَ مطلِقُون الخلافَ، وعلى ذلك جرى صاحب الكتاب، إلا أنه أبدل القولَيْن بالوجهَيْن، وقد فعله غيره أيضاً؛ لأنه قد قيل: إن قول العدول إلى السيف مخرَّجٌ على ما سيأتي، والأصحُّ عند صاحب «التهذيب» القولُ الأول، وفصَّل الإمام وغيره فقالوا: إن كان القتلُ بالسيف أسْهَلَ مِنْ زيادة التجويع والإلقاء في النار، فيُقْتل بالسيف، فإن تراضَيَا على الإبقاء في النار، ففيه تردُّد عن الشيخ أبي محمد، والأظهر: أنه لا أثَرَ لتراضيهما، ولا يبقى فيها، وإن كان الإبقاء في النار أهْوَنَ فوجهان:

أحدهما: يبقى فيها؛ لأنه أسهلُ، ولتتَّحدَ جهةُ العقوبة، فإن النفس تستشعرُ مزيد العذَاب في الانتقال من جنْس إلى جنْس.

---

(١) قال النووي: هذا الثاني أصح.

(٢) في ز: بالضربات.

والثاني: يعدل إلى السيف؛ لأنه أوحَىٰ لما فيه من العمل بظاهر ما وَرَدَ أنَّه لا قَوَد إلا بالسيف، وعن الشيخ أبي محمَّد مضايقة في تصوير القسْم الثاني، وهو أن يكون الإبقاء في النارِ ونحوه أهونَ من السيف، [وهذا] ذهاباً إلى أن القتْل بالسيْفِ أهْوَنَ بكلِّ حالٍ، وصوَّره الإمام فيما إذا لم يتأت قتلُهُ بالسيف في النار، وكان يَعْظُم الشقاء في إخراجه منها، ويخرج من التفصيلِ والإطلاقِ المذكورَيْنِ ثلاثةُ أوجه:

أحدها: أنه يزاد في ذلك الجنس.

والثاني: يُعْدَلُ إلى السيف.

والثالث: يراعَىٰ الأهونُ منهما، وترجيحُ هذا الثالثِ قريبٌ، فلو قتله بالضرب بالسوْط والحَجَر، ففعل به مثله، فلم يمت، فهل هو على الخلاف المذكورِ في التجْويع، والإلقاء في النار؟ فيه طريقان:

أظهرهما: نعم، ووجه الزيادة في الضرْب أنَّه ضَرَبَ إلى الموت، فيضرب إلى المَوْت.

والثاني: القطع بالعدُول إلى السيف؛ لأن السيف أوحى وأسهل منه بكل حال، ولأن كلَّ ضربة منقطعةٌ عما قبلها، فصار كقطع طرَفٍ بعد طَرَفٍ، قال الإمام: ولو قتل نحيفاً بضرباتٍ تَقْتُل مثله غالباً، وتيقَّنَّا أو ظننا ظنّاً مؤكَّداً أن الجانيَ في جثته وقوته لا يَهْلِكُ بتلك الضربات، فالوجه القطع أنَّه لا يضرب تلْك الضرباتِ؛ لأنها لا تقتله، وإنما تراعَىٰ المماثلة، إذا توقَّعنا حصولَ الاقتصاص بذلك الطريق ثم بدَا لَهُ بالآخر[1] احتمال آخر، هذا هو الكلام في استيفاء القصاص [في] المقتل الموحي. وأما غير الموحي من القَتْل؛ كالجروح وقطع الأطراف، إذا سرَتْ إلى النفْس، فله حالتان.

إحداهما: أن تكون الجراحَةُ بحَيْث يقتص فيها، لو وقعت كالمُوضِحَة، وقطع اليد من الكوع، فللمجنيِّ عليه أن يحز رقبته، وأن يوضِحَه أو يَقْطَع يده، ثم إن شاء، حَزَّ رقبته في الحال، وليس للجاني أن يقول: أمْهِلُوني مدةَ بقاء المجنيِّ عليه بعْد جنايتي؛ لثبوت حق القصاص ناجزاً، عن أبي الحسين بن القطَّان أن له أن يقولَ: افعلوا بي مثْلَ ما فعلْتُ؛ لأنه قد يَخْطُر لبعضهم العفو في مدة التأخير، والمشهور الأول، وإن شاء، أمهله إلى السراية؛ على ما تقدَّم، وليس للجاني أن يقول أريحوني بالقتل أو العَفْو بل الخِيَرةُ إلى المستحِقّ، وعند أبي حنيفة: يُقْتَصَرَ على حَزِّ الرقبة، ولا يقتص في الجراحة والعُضْو، وسلَّم أنه لو قطع الجاني يَدَه ثم حَزَّ رقبته، كان للوليِّ أن يقطع يده

---

(١) لم يفصح ورجح في المحرر والمنهاج أنه يزاد في تجويعه وصححه الشيخ في تصحيح التنبيه.

ثم يَحُزَّ رقبته، وإذا اقتص من مُوضِحَة الجناية أو من الطَّرَف المقطوع، لم يكن له أن يُوضِحَ موضعاً آخر، أو يقطع عضواً آخَر، بل ليس له إلا حَزُّ الرقبة؛ لأن الإيضاح في موضِعٍ آخَرَ وقطعِ عضو آخَرَ عدولٌ إلى غير محلِّ الجناية، فليس له زيادةٌ في إيراد العقوبةِ على محلِّ الجناية بخلاف ما ذكرنا في التجويع والإبقاء في النار.

والحالة الثانية: أن تكون الجراحةُ بحيث لا يقتص منها، لو وقفت كالجائفة وقطْع اليد من نصْف الساعد، فهل يجوز استيفاءُ القصاصِ بهَذَا الطريقِ أم يُعْدَل إلى السيف؟ فيه قولان:

أحدهما: أنه يستوفَىٰ بهذا الطريق تحقيقاً للمماثلة في طريق الإزهاق كَمَا في الحالة الأُولَىٰ وما قبلها.

والثاني: يُعْدَلُ إلى السيْف؛ لأن ما لا قصاصَ فيه لا ينضبط، ولا يوثق فيه بالمماثلة؛ ولذلك لم يَجُزِ القصاصُ فيه إذا وقفت، ومن قال بالأول، قال: يجوز أن لا يجب القصاص في الجناية لو وقفت، ويجري القصاص عند السراية؛ ألا ترى أنه لو ضربه بمثقل، فلم يمُتْ، لم يجب فيه القصاصُ، ولو مات منه وجب القصاص، وضُرِبَ بمثله، وأظهر القولَيْنِ عند صاحب «التهذيب»: العدول إلى السيف، وعند الشيخ أبي حامد وغيره من العراقيين والرويانيِّ أيضاً: أنه يستوفَىٰ بذلك الطريق، وإذا قلْنا به، فلو كان قد أجافه، فمات، وأُجِيفَ مثْل جائفته، فلم يمُتْ، فهل يُزَاد في الجوائف؟ فيه وجهان:

أصحُهما: لا، لاختلاف تأثير الجوائف باخْتلاف محالِّها، وهو كقَطْع الأطراف المختلفة. والثاني: نعم؛ ليكون إزهاق الروح قصاصاً بطريق إزهاقه، عدواناً، وفي «التهذيب»: أن هذا مخرج من مسألة التجويع والإلقاء في النار ونحوهما، وأن العدول إلى السيف مخرج من هذه المسألة، وأن الصحيحَ الفرْقُ؛ لأن القتل هناك مُوحٍ، فالزيادة من الجنس الذي بدىء به، لا تطول عليه العذاب والقتل والجراحات ها هُنا ليست مُوحِيَة، وقد يخنقه، ولا يموت، ويدع الوليُّ قتلَه، فيكون قد عذبه بما لا قصاصَ فيه، وأنا إذا قلْنا: يستوفى القصاص بطريق الجائفة، فإن قال: أجيفه وأعفو عنه، إن لم يمت، لم يُمَكَّن منه، وإنما يُمَكَّن، إذا قال: أجيفه ثم أحز، وكذا لو قال: أرميه من الشاهق، ثم أعفو عنه؛ فإنه لو أجافه ثم عفا عنه، عُزِّر على ما فَعَل، ولم يُجْبَر على قتله، فإن مات، بان بطلان العفْو، والقولانِ في أنه، هل يُستوفَىٰ القصاص بالجائفة ونحوها؟ يجريان فيما إذا قطع يداً شلاً فسرى، ويد القاطع صحيحةٌ أو ساعداً مِمَّن لا كفَّ له والقاطعُ سليمٌ، هل يستوفي القصاص بقطع اليد والساعد؟ واعلم أن المماثلة مرعيةٌ في قصاص الطرف كما هي مرعية في قصاص النفْس، ولكن إذا أمكن

رعايتُها، فلو أبان طرَفاً من أطرافه بمثقل أو أوضَحَ رأسه بحجر، لم يستوف القصاص إلا بالسيف، ولو أوضَحَ رأسه بالسيف، لم يوضح رأسه بالسيف، بل بِحديدةٍ خفيفة، وإن كان الطريقُ موثوقاً به مضبوطاً، قوبل بمثله، كَفَقْءِ العين بالأصبع.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ قَطَعَ يَدَهُ مِنَ الكُوعِ وَآخَرُ مِنَ المِرْفَقِ فَمَاتَ فَهَلْ يقْتَلُ قَاطِعُ المِرْفَقِ بِقَطْعِ مِرْفَقِهِ فِيهِ وَجْهَانِ، وَوجْهُ المَنْعِ أَنَّهُ قطَعَ سَاعِداً بِلاَ كَفٍّ فَلاَ يَقْطَعُ سَاعِداً مَعَ الكَفِّ، فَإِذَا مَاتَ الجَانِي بِسَرَايَةِ القَطْعِ أَوّلاً ثُمَّ مَاتَ المَجْنِيُّ عَلَيْهِ فَفِي وُقُوعِهِ قِصَاصاً وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إحداهما: قطَع يَدَ إنسانٍ من الكُوع، فجاء آخرُ، وقطَع الساعِدَ من المِرْفَق قبل اندمال الأول، ومات المقطوع بالسراية، فقد مَرَّ أنه يجبُ عليهما القصاص، وأن أبا حنيفة ذهب إلى أن القصاص على الثاني دون الأوّل، ثم طريق الاستيفاء من الأول أن تُقْطَع يدُهُ من الكوع، فإن لم يَمُتْ تُحَزُّ رقبته.

وأما الثاني: فإن كان له ساعدٌ بلا كف، اقتص منه بقطع مرفقه، ثم يُقْتَل، وإن كانت يدُه سليمةً، فتقطع من المرفق، ثم يُقْتَل بالحزِّ أو يُقْتصر على الحز؟ فيه قولان، ويقال: وجهان:

أحدهما: أنه يُقتصر على الحز، ولا يقطع مرفقه؛ لأنه لو قطَع من المِرْفَق، فقد يَعْفُو الوليُّ عن القتْل بعْد القطْع، فيكون قد استوفَىٰ ساعداً من الكَفِّ بساعدٍ من غير الكَفِّ.

وأظهرهما: على ما ذكَر الإمامُ، وهو المنصوصُ في «المختصر» أنه يقطع ثُمَّ يقتل؛ لترد الحديدة على موردها في الجناية، ولا عبرة بزيادة الكف الهالِكَة بهلاك النفْس والنفس مستحَقَّة وبنَىٰ أصحابُنا العراقيُون وغيرهم الخلافَ على الخلافِ في أنَّ مَنْ أجافَ غيره، ومات، فليقتص منه بالجائفة؛ من حيْثُ إنه لا تُقطَع اليد السليمة بساعدٍ لا كفَّ لها، كما لا يقتص من [الجائفة، ولو وقفت][1] ولم يَرْتَضِ الإمام هذا البناء؛ لأن سبب الخلاف في الجائفة؛ أنَّها لا تنضبط، ويختلف أثرها ونكايتها باختلاف غَوْصِ الحديدة وترديدها؛ ولذلك لا يَجْرِي فيها القصاصُ بحال، وأما قطْع المِرْفَق، فهو مَضبوطٌ والمِرْفَقُ محلُّ القصاص في الجُمْلة، وعن القفَّال نحْو من هذا، وإذا أراد الوليُّ العفْوَ عن الأول بعْدما قطَع يده من الكُوع، قال الأصحاب: لا يجوز أن يعفو على المال؛ لأن الواجبَ عليه نصْفُ الدية، فإنه أحد شريكَيِ القتل، وقد استوفى

---

(١) في ز: الجناية لو وقعت.

النصف باليد التي قطعها، وإن أراد أن يعفُوَ عن الثاني على المال، فله نصف الدية إلا قَدْر أرْش الساعد؛ فإنه لم يُسْتَوْفَ إلا الساعد.

الثانية: إذا اقتص من قاطع اليد، ثم مات المجنيُّ عليه بالسراية، فللوليّ أن يحز رقبته، أنفه، أو قُتِلَ وله أن يعفو، ويأخذ نصف الدية، واليدُ المستوفاةُ مقابلةٌ بالنصف، وإن مات الجاني حتف أنفه أو قُتِل ظلماً، أو في قصاص آخر، وجب عليه أخْذُ نصْف الدية منْ تركته، ولو قطع يد إنسان فقطعت يداه قصاصاً، ثم مات المجنيُّ عليه بالسراية، فللوليّ أن يحز رقبة الجانِي، ولو عفا، فلا دية له؛ لأنه قد استوفَىٰ ما يقابل الدية، وهو اليدان، وهذه صورةٌ يجب فيها القصاصُ، ولا يجوز العفْو عن الدية، ولو اقتص منْ قاطِعِ اليد، فمات بالسراية، فلا شيْء على المقتص، وبه قال مالك وأحمد، وقال أبو حنيفةَ: تلزمه الدية.

لنا: أن القطع قصاصاً، قطع بحق، فلا تكونُ سرايته مضمونةً كقطْع السرقة، وقد روي عن عمَر وعليٍّ - رضي الله عنهما - أنَّهما قَالاَ: مَنْ مَاتَ مِنْ حَدٍّ أَوْ قِصَاصٍ، فَلاَ دِيَةَ لَهُ فَإِنَّ الحق قَتْلُه[1] ولو ماتَا جميعاً بالسراية بعد الاقتصاص في اليد، نُظِر؛ إن مات المجنيُّ عليه أولاً أو ماتَا فالمشهور أنَّ اليَدَ باليدِ قصاصٌ، والسراية بالسراية قصاصٌ، ولا شيء على الجاني، وهذا نسبه القاضي ابن كج إلى ابن علي الطبريِّ وحكى عن عامَّة الأصحابِ أو لوليِّ المجنيِّ عليه نصْفَ الدية في تركة الجانِي؛ لأن سراية الجاني مهدرةٌ، وسراية المجنيِّ عليه مضمونةٌ، وإن مات الجاني أولاً، ففيه وجهان مشهوران:

أحدهما: ويروى عن أبي إسحاق: أنه يحْصُل القصاص بما جرى؛ لأن الجاني مات من سراية بفعل المجنيِّ عليه، وحصَلَت المقابلة.

والثاني: ويروى عن ابن خيران: المنعُ؛ لأن القصاص لا يسبق الجناية، وهذا ما رجَّحه أكثرهم، وادعى القاضي الرويانيُّ: أن الصحيح الأول، وإذا قلْنا: إنه لا يحْصُل القصاص، فلوليِّ المجنيِّ عليه نصْفُ الدية في تركة الجاني، ولو اتفق ذلك القصَاص في الموضِحَة، فتُؤْخَذُ من تركة الجاني تسعة أعشار الدية، ونصْف عُشْرها، وقد أخذ بقصاص الموضِحَة نصْف العُشْر.

فروع: قَطَعَ يدَ إنسانٍ، فحز المقطوعُ يدَهُ رقبةَ الجانِي، فإن ماتَ المقطوعُ بالسراية، صار قصاصاً، وإن اندمل قتل قصاصاً، وفي تركة الجانِي نصفُ الديةِ؛ لقطعه

---

(١) أخرجه البيهقي [٦٨/٨] من حديث عبيد بن عمير عن عمر وعلي أنهما قالا: الذي يموت في القصاص لا دية له، قال ابن المنذر: ورويناه عن أبي بكر أيضاً، وفي الصحيحين عن علي قال: ما كنت لأقيم على أحد حداً فيموت، فأجد في نفسي إلا صاحب الخمر، فإنه لو مات وديته.

اليد، ذكره في التهذيب. ولو قطع يدَ إنسانٍ، وَقَتَل آخَرَ، ثم مات المقطُوعُ بالسراية، فقد قتل شخصين وحكاية صاحب «الشامل» عن الأصحاب: أنه يُقْتَلِ بالمقتول دون المَقْطُوع؛ لأن قصاص النفسِ للمقطوعِ وجب بالسراية، وهي متأخِرة عن وجوبه للمقتول، لكن لوليِّ المقطوعِ أن يقتص فيَ الطَّرَف، فإذا قُتِلَ بالآخر، أخذ نصْف الدية من تركته، وتوقف فيما إنه يقتل بالمقتول دون المقطوع.

ولو أنه بعْد ما قطع واحداً، وقتل آخر، قُطِعَت يده قصاصاً، ومات من القطْع، فلوليِّ المقتول الدية في تركته، وإن قَطَعَ قصاصاً، ثم قُتِلَ قصاصاً، ثم مات المقطُوعُ الأوَّل، فلوليّه في مال الجاني نِصْفُ الدية.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَو اسْتَحَقَّ القِصَاصَ فِي اليَمِينِ وَأَخرَجَ الجَانِي يَسَارَهُ فَقَطَعَهُ فَأَمَّا القِصَاصُ فِي اليَسَارِ فَيَسْقُطُ (و) إنْ قَصَدَ بِإخْرَاجِهِ الإبَاحَةَ لِأَنَّهُ فِعْلٌ مَعَ القَصْدِ، وَلَوْ قَطَعَ يَدَ سَاكِتٍ فَهَلْ يَكُونُ سُكُوتُهُ إهْدَاراً؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَأَمَّا حَقُّ القَاطِعِ فِي اليَمِينِ لاَ يَسْقُطُ إلاَّ إذَا قَالَ: قَصَدتُّ بِقَطْعِ اليَسَارِ أَنْ آخُذَهُ عِوَضاً عَنِ اليَمِينِ فَفِي سُقُوطِهِ وَجْهَانِ لِأَنَّهُ بُنِيَ عَلَىٰ ظَنٍّ خَطَأٍ، فَإِنْ أَسقَطْنَا بَقِيَ لَهُ الدِّيَةُ، وَلَوْ قَالَ المُخْرِجِ: قَصَدتُّ بِإِخْرَاجِ اليَسَارِ إيقَاعَهُ عَنِ اليَمِينِ فَقَالَ القَاطِعُ: ظَنَنْتُ بالإخراجِ إبَاحَةً فَلاَ قِصَاصَ فِي اليَسَارِ لِتَأَكُّدِ الظَّنِّ بِالإِخرَاجِ، وَكَذٰلِكَ فِي كُلِّ حَالَةٍ لِأَنَّ بَذْلَهُ عِوَضاً عَنِ اليَمِينِ تَسْلِيطٌ، وَأَمَّا حَقُّهُ عَنِ اليَمِينِ لاَ يَسْقُطُ إلاَّ إذَا قَالَ: أَخَذْتُهُ عِوَضاً عَنِ اليَمِينِ فَيَكُونُ تَطَابُقُ القَصْدَيْنِ مُعَاوَضَةً فَاسِدَةً، وَلَوْ قَالَ: ظَنَنْتُ أَنَّ المُخْرَجَ يَمِينٌ فَهُوَ كَقَوْلِهِ: ظَنَنْتُهُ قَاتِلَ أَبِي، وَلَو قَالَ: ظَنَنْتُهُ يُجْزِىءُ عَنِ اليَمِينِ فَفِي هَذِهِ الصُّورَةِ لاَ يَجِبُ القِصَاصُ لِأَنَّهُ انْضَمَّ إِلَيهِ قَرِينَةُ الإِخْرَاجِ، وَإِنْ جَرَىٰ ذَلِكَ فِي السَّرِقَةِ وفُرِضَ دَهْشَتُهُ أَوْ ظَنٌّ وَقَعَ عَنْ جِهَةِ الحَدِّ لِأَنَّ الحَدَّ مَبْنَاهُ عَلَى المُسَاهَلَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هذه مسألةٌ كثيرةُ التشعُّب، وحقُّ مثلها التثبت وإحضارُ الذِّهْن، فيقدم عليها أن اليمينَ لا تُقْطَع باليسار، والعكس على ما مَرَّ، وإذا وجب القصاصُ في اليمين واتَّفقا على قطع اليسار بدلاً عن اليمين، لم يكن بدلاً، كما لو قَتَل في قصاص النفْس غيرَ القاتِل برضاه [لم يقع بدلاً] ولكنْ لا قصاصَ في اليسار؛ لشبهة البذْل من صاحبها ورضاه بقطْعها، وتجب ديتُها، ومَنْ عَلِم منهما أن هذه المصالحةَ فاسدةٌ، لحقه الإثم بحق اليسار، وهل يسقط قصاص اليمين بما جَرَىٰ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه، إنما رَضِيَ بإسقاط حقِّه في اليمين؛ لتَكُونَ اليسار بَدَلاً عنه، فإذا لم تكُنْ بدلاً، وجب أن يبقى حقُّه في اليمين، كما لو صالح على الإنكار، لم يَسْقُط حقُّه، حيث لم يَثْبُت المعوض له.

والثاني: يسقط؛ لأن الرضا بأخْذِ اليسار عوضاً عن اليمين عفوٌ عن اليمين، قال ابن الصبَّاغ: وهذا أصحُّ؛ لأن ما جعله عوضاً، وهو قطْع اليسار قدْ حَصَلَ، وإن لم يقع بدلاً حكماً، بخلاف عِوَض الصلح، إذا عرَفْتَ ذلك، فلو أن مستحِقَّ القصاص في اليمين طالَبَ الجانِيَ بإخراج اليمين، فأخرج الجاني يسارَهُ، فقطعها المستحِقُّ فللمخْرِجِ أحوالٌ:

إحداها: أن يعْلَمَ أن اليسار لا تُجزىء عن اليمين، وأنه يخرج اليسار، ويقصد بإخراجها الإباحةَ للمقتص، فلا قصاص في اليسار ولا دية نص الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ عليه، واتفق عليه الأصحابُ، وقالوا: إن صاحبها قد بَذَلَها مجاناً، وإن يتلفَّظْ بالإباحة، ووجَّهوه بطريقين:

أحدهما: أنه وجد فعل الإخراج مقروناً بقصد الإباحة، وقد يقام الفِعْلُ مقام النطْق؛ ألا ترى أن تقديم الطَّعَام إلى الضيف نازلٌ منزلةَ الإذْن لفظاً.

والثاني: أن الفعْلَ بعد السؤال والطلب نازلٌ منزلة الإذن في المسؤول حتَّى لو قال: أخرج يدك أقطعْها أو مَلِّكْني قطْعَها، فأخرج، كان ذلك إباحةً، ولو قال: ناولْني متاعَكَ، لألقيه في البَحْر، فناوله، كان كما لو نَطَق بالإذن فيه، حتى لا يجب عليه الضمان، إذا ألقاه في البَحْر، ولو قدَّم الطعامَ إلى مَنِ استدعاه، كان كما لو قال له: كُلْ، ولك أن تقول، على الأول: إنما يُقَام الفعْل مقامَ النطْق، إذا انضمت إليه قرينةٌ، كالعادة الغالبة في تقديم الطعام إلى الضيْف، وليس الإخراج، والحالةُ هذه، قرينةً دالةً على قصْد الإباحة، وعلى الثاني: أن الفعْل بعد السؤال، إنما يكون كالإذْن في المسؤول، إذا لم يختلف المفعول والمسؤول، كما في الأمثلة المذكورة، وها هنا المسؤول إخراج اليمين، والموجود إخراجُ اليسارِ، قال الإمام: وقد ذُكِرَ وجْه ضعيفٌ: أن الضِّيفَانَ لا يستبيحون الطعام ما لم يتلفَّظ المقدِّم بالإباحة، ولا نأمن أن يَطْرُد صاحبُ ذلك الوجْه مذْهَبَه ها هنا، ولم يعتقد طَرْد ذلك الوجْه ها هنا، بل قال: ينبغي أن يستدل بمواضع الوفاق على فَسَاد الوجُوه الضعيفة، ولا يُعْترضُ بالوجوه الضعيفة على مواضع الوفاق، لكن القاضي ابن كج ذَكَر أن أبا الحُسَيْن بن القطَّان حَكَى وجهاً: أنه يجب الضمان، إذا لم يأذن المُخْرِجُ في القطْع لفظاً، وحَمَل نصَّ الشافعيِّ ـ رضي الله عنه ـ على ما إذا أذن فيه صريحاً، والظاهرُ المشهورُ ما سبَقَ، ولا فرق بين أن يكونَ القَاطِع عالماً بأن ما يقطعه اليسار، وأن اليسار لا تجزىءُ عن اليمين، وبين ألاَّ يكون عالماً بذلك، لكن إذا كان عالماً يُعَزَّرُ وعن أبي الطيب ابن سلمة: أنه يُحتمل أن يجب القصاصُ عند العلْم؛ لأنه قَطَع عضواً لا حَقَّ له فيه عن علْم بالحال، ومَنْ قصَد قطع يَدِ الغير ظلماً، فلم يدفعْه المقصود، وسكت حتى قَطع فهل، يكون سكوته إهداراً؟ فيه وجهان:

أصحُّهما: لا؛ لأنه لم يؤخَذْ منه لفظٌ ولا فعْلٌ، فصار كما إذا سكت عن إتْلاف مالِهِ.

والثاني: نعم؛ لأنه سكت في محلٍّ يحرُم فيه السكُوت، فدل على الرضا.

والوجهان؛ على ما ذكر الإمام، مفرَّعان على أنه لا يجوز الاستسلامُ ومأخوذَانِ من تردُّد الأصحاب في أن الزانية لم لا تستحق المَهْرَ، فَمِنْ قائلٍ إنها لا تستحقُّ؛ لأن الوطء محرَّم، ومن معلِّل بأن التمكين رضاً في العُرْف؛ وعلى هذا، فالتمكينُ من القطْع إباحةٌ، ولو سرى قطْع اليسار إلى النفس، ففي وجوب الدية الخلافُ المذكور، فيما إذا قال: اقتلْنِي، فقَتَلَه، وبنى وجوب الكفارة المقْطُوع يساره على الخلاف في أن قاتِلَ النفْس، هل يلْزمُه الكفارة؟

هذَا هو الكلام في قطْع اليسار في هذه الحالة، وأما قصاص اليمينِ، فإنه يبقى كما كَانَ.

نعم، إذا سرى قطْع اليسار إلى النفْس، فات محلُّ القصاص، فيعدل المستحِقُّ إلى الدية، ولو قال: قطعْتُ اليسار على ظَنِّ أنها تجزىءُ عن اليمين، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يسقط قصاصُ اليمين؛ لأنه لم يسقطْه ولا اعتاض عنه.

وأظهرهما: وهو المذكور في «التهذيب» واختيار الشيخ أبي حامد والقاضِي الحُسَين، على ما حكى الإمام: أنه يسقط؛ لأنه رَضِيَ بسقوطِه اكتفاءً باليسار، وإذا كنَّا نجعلُ الإخراجَ مع قصْد الإباحة كالتصريح بالإباحة، لم يبعد أن يُجْعل قطع اليسار على قَصْد الاكتفاء بها كالتصْريح بإسقاط القصاص في اليمين، وعلىٰ هَذَا فيعْدِلُ مستحِقُّ اليمين إلى الدية، واليسار هدرٌ بالإباحة، ويجري الوجهان فيما إذا جاء الجانِي بالدية، وطَلَب من مستحِقِّ القصاص متضرعاً إليه أن يأخذها وينزل القصاص، فأخَذَها، هل يُجْعَل الأخْذُ عفواً، ولو قال: علمت أن اليسار لا تجزىءُ عن اليمين شرعاً، لكن جعلتها عوضاً عن اليمينِ منْ عندي، اُطَّرَدَ الخلاف، وجعل الإمام هذه الصورة أولَىٰ بالسقوط؛ لأن ما صدَرَ منْه، والحالةُ هذه، يَظْهَر حمله على معاوضة فاسدةٍ، وهناك ظَنٌّ حكمَها وهو مخطىء فيه، فإسقاط حقِّه بذلك الظنِّ كالمستبعد.

وقوله في الكتاب: «فأما القصاص في اليسار فيسقط» يجوز أن يُعْلَم بالواو؛ للاحتمال الذي أبداه ابن سلمة.

وقوله: «وأما حق القاطع في اليمين» يعني قاطع اليسار.

وقوله: «قصدتُ بقطع اليسار أن آخذه عوضاً عن اليمين يشمل الصورة المرتبة والمرتَّب عليها؛ لأن أخذه عوضاً عن اليمين يجوز أن يكُون لِظَنِّه جوازَ الإِبْدَالِ شَرْعاً، ويجوز أن يكونَ لجعله اليسارَ عوضاً منْ عنده مع العِلْم بأنه لا يَجُوز.

الحالة الثانية: إذا قال قصدتُ بإخراج اليسار إيقاعَها عن اليمين، لظَنِّي أن اليسار

تقوم مقامَ اليمينِ، فنسْألُ المقتص، لِمَ قطَعَ اليسار، ويفرض جوابه من عدة وجوهٍ.

أحدُها: أن يقول: ظننتُ أنه أباحَها بالإخراج، فلا قصاص علَيْه في اليسار؛ لأن ما يقوله محتملٌ، وفي إخراج اليسارِ، والمطلوبُ اليمينُ، ما يوهمه، هكذا يُحْكَىٰ عن القفَّال وغيره، قال الإمام: وفيه احتمالٌ؛ لأن اللائقَ بالحال الدهشةُ، أو جعْلُها بدلاً عن اليمين، أما الإباحة، فهي بعيدةٌ، والظنونُ البعيدةُ لا تَدْرَأُ القصاصَ، وتحقيقُ الإباحةِ مع اعتراف المُخْرِج بأنه [قصد بإخراجها الإباحة]، فيه تكلف، كما سبق، فكيف، والحالةُ هذِهِ، ويَحْسُنُ أن يقام ما ذكَره وجهاً، ويُعْلَم له قوله في الكتاب: «فلا قصاص في اليسار» وأما قصاص اليمين فإنه يبقى كما كان.

والثاني: وهو غيرُ مذكورٍ في الكتاب: أن يقول: علمتُ أن المخرَجَ اليسارُ، وأنها لا تجزىء عن اليمينُ، ولا تُجْعَلُ بدَلاً عنها، ففي وجوب القصاص وجْهان، قال ابن الوكيل: يجب؛ لأنه قَطَع بلا استحقاق عن علْم بالحال، والأصحُّ: المنع؛ لتسليط المُخْرِجِ عليه؛ بجعله عوضاً وإخراجه على هذا القصْد، ولكن تجبُ الديةُ وعلى الوجهَيْن؛ يبقى قصاصُ اليمين، كذلك ذكره صاحب «التهذيب» وغيره.

والثالث: أن يقول: قطعتُها عوضاً عن اليمين، وظننتُ أنها تجزىءُ عنها، كما ظنَّ المخرِجُ، فقد ذكر الإمام وصاحب الكتاب في «الوسيط»: أنه لا قصاص في اليسار؛ لما سبق من شبهة تسليطِ المخرِجِ بقصد الإيقاع عن اليمين، وأن العراقيِّين حكَوْا عن ابن الوكيل: وجوبَ القصاصِ، وأن سقوط القصاص في اليَمينِ يُخَرَّج على الخلاف المذكور في الحالة الأُولَىٰ والظاهرُ سقوطُه تنزيلاً للفعْل مع توافُقِ القصدَيْن على اعتياضٍ فاسدٍ، وكُتُبُ العراقيين ساكتةٌ عن رواية الوجُوب عن ابن الوكيل في هذه الصورة، إنما رووْه، إذا قطَع، وقال: علمتُ أن اليسار لا تجزىءُ عن اليمين، على ما قدَّمْنا، والذي أورده صاحب «التهذيب» وغيره في اليمين: سقوطُ [القصاص، وإذا سقط][1] عن كل واحدٍ منهما، وجبَتِ الديةُ لكل واحدٍ منهما على الآخر.

والرابع: أن يقول: ظننتُ أن التي أخرجَها اليمينُ، فلا قصاصَ في اليسار؛ لما ذكرنا عن معنى التسليط، وقد نقل الإمام عن العراقيِّين القَطْعَ به، وصوَّبهم فيه، وفي «التهذيب» وجه آخر: أنه يجبُ القصاص، كما لو قتل إنساناً، وقال: ظننته قاتِلَ أبي، فلم يكن، وإذا قلْنا: يجب، وهو الظاهر، ففي وجوب الدية وجهان:

أحدهما: المنع؛ لأن المخرِجَ قصَّر حيْث لم يتثبت، وسلَّط على القطْع.

---

(١) سقط من: ز.

وأصحُّهما: الوجوب؛ لأنه ما بذَلَها مجاناً وإنما قصد إيقاعها عوضاً، فإذا لم يقَعْ عوضاً، وجَب بدَلُها، كما لو باع سلعةً بيعاً فاسداً، وسلَّمها إلى المشترِي، وتَلِفَتْ أو دَفَع المُسلِّم إليه الشعيرَ بَدلاً عن الحنْطة، وتَلِف عنْد المُسلِّم، يجب ضمان التالف، وأما قصاص اليمين، فإنه يبقى بحالِهِ ويجيْء فيه الخلافُ السابقُ.

الحالة الثانية: إذا قال: دهشتُ، فأخرجتُ اليسار، وظَنِّي أني أُخرج اليمين، فيُسْأَل المقتص عن قصده في قطْع اليسار ونفرض جوابَه من وجوه:

أحدها: أن يقول: ظننتُ أن المخرِجَ قصَد الإباحة، فقياسُ مثله في الحالة الثانية؛ ألاَّ يجب القصاصُ في اليسار والذي قاله في «التهذيب»: أنه يجب كمن قتل إنساناً، وقال: ظننتُ أنه أذِنَ لي في القتل، وهذا يوافق الاحتمالَ المذكُور هناك، وهو المتَوجِّه في الموضعَيْن.

وثانيها: أن يقول: علمتُ أن المُخْرَجَ اليسارُ، وأن اليسار لا تجزىءُ عن اليمين، فقد نقل العراقيون فيه الوجهين المذكورين في مثْله من الحالة الثانية، وَجْه ابن الوكيل، ووجه سائر الأصحاب، واقتصر الإمامُ وصاحب «التهذيب» وغيرهما على الحُكْم بوجوب القصاص، وسبب ترجيح الوجوبِ ها هنا؛ أنَّه لم يوجدْ من المُخرِج بذلٌ وتسليطٌ.

وثالثها: أن يقول: ظننتُ أن اليسار تجزىءُ عن اليمين، قال الإمام: الذي رأيتُه في الكتب: أنه لا يجبُ القصاصُ، وينهض ظنُّه عذراً ويحتمل أنه يجب، ولا يبالَى بهذا الحُسْبَان، كما إذا قتل مَنْ أمسك أباه، حتى قُتِل، وقال: ظننتُ أن القصاص يجبُ على المُمْسك، فإن الرأي الظاهرَ أن القصاصَ لا يندفع بمثْل ذلك.

ورابُعها: أن يقول: ظننتُ أن المُخْرَجَ يمينٌ، فلا قصاص في اليسار، لأن هذا الاشتباه قريبٌ وفيه الوجه المذكور في مثله من الحالة الثانية، وحكى الإمامُ ها هنا أنَّه على الخلافِ المذكورِ فيما إذا قتل إنساناً، وقال: ظننته قاتلَ أبِي، وفي جميع هذه الصُّوَر يبقى القصاصُ في اليمين، إلاَّ إذا قال: ظننت أن اليسار تجزىءُ عن اليمين، فيه الخلاف السابق، والظاهرُ سقوطُه، وإذا سقَطَ القصاص من الطرفين فلكلٍّ واحدٍ منهما الديةُ على الآخر، ولو قال القاطعُ: دُهِشْتُ، فلم أدر ما صنعْتُ، قال الإمام: لا يُقْبَل منه ويُلْزَمه القصاصَ في اليسار؛ لأن الدهشة [السالبة] للاختيار لا تليق بحالة القاطِع، وفي كُتُب الأصحاب لا سيَمَا العراقيين: أن المُخْرَجِ لو قال: لم أسمَعْ من المقتص: أَخْرِجْ يمينك، وإنما وقَع في مَسْمَعِي؛ أَخْرِجْ يسارَكَ، فأخرجتُها، فالحُكْم فيه كالحُكْمُ فيما لو قال: دُهِشْتُ، فأخرجت اليسار، وأنا أظن أني أُخْرِج اليمين، لكن قضية ما مرَّ أن الفعْل المطابِقَ للسؤال نازلٌ منزلةَ الإذن لفظاً أن نُلْحق ذلك بصورة الإباحة.

وقوله في الكتاب: «لتأكد الظن بالإخراج، وكذا في كل حالةٍ؛ لأن بذْلَه عوضاً عن اليمين تسليط» كذا في أكثر النسخ، وفي بعضها لِتَأَكُّدِ الظنِّ بالإخراج، ولأن بذله عوضاً» وطرح قوله: «وكذا في كل حال» فإن طرح، فذاك، وإن أثبت، فالأحوال التي يمكن تنزيل اللفظ عليها هي [الفصول التي فصَّلْناها و][1] التأويلات التي فصَّلْناها من قوله: «تعمَّدتُ القطْع مع العلْم بأنها يسارٌ وأنها لا تجزىءُ عن اليمين» ومِنْ قوله: «قطعتُها عوضاً عن اليمين».

وقوله: «ظننت أن المُخْرَجَ اليمين» أعلمت الكلمة بالواو؛ لما ذكرنا من الخلاف في الفصل الثاني والرابع من الترتيب الذي ذكَرْناه، لكنه ذَكرَ على الأَثَر ما إذا قَالَ: «ظننتُ أن المُخْرَجَ يمينٌ، وما إذا قال: «ظننتُ أنها تُجْزِىء عن اليمين» فلا يبقى لقوله: «وكذا في كل حالٍ» كبيرُ فائدةٍ.

وقوله: «ولو قال: ظننتُ أن المخْرَجَ يمينٌ، فهو كما لو قال: ظننتُه قاتل أبِي» هذا صحيح في الحقيقة؛ لما ذكرنا في الصورة من الخلاف، لكنه لم يذكر في «الوسيط» الخلافَ في هذه الصورة في الحالة الثانية، وكذا الإمام، وإنَّما ذكراه في الحالة الثالثة المغفلة في الكتاب، وهي أن يقول المُخْرِج: دُهِشْتُ، وهو في الغالب يَنْحُو نحْو الإمام، ونحو ما ذكره في سائر كتبه، وإذا كثرت الشعب والأقسام، لم يُؤْمَن مِنْ أن يدخلُ حُكْمُ بعْضها في بعْضٍ، ثم يجوز أن يُعْلَم قوله: «وهو كما لو قال ظننته قاتِلَ أبي» بالواو؛ للقطع الذي حكاه الإمام وصَّوبه، وكذلك قوله: «ففي هذه الصورة، لا يجب القصاصُ» ليعلم بالواو.

وجميع ما ذكرناه في القصاص، فأما إذا وجب قطْع اليمينِ في السَّرقة، فقال الجلاَّد للسارِق: أَخْرِجْ يمينَكَ، فأَخْرَجَ يساره، فقطَعها، فعن القفَّال وغيره حكايةُ قولٍ أن الحُكْم على ما ذَكَرْنا في القصاص، وهذا القولُ يُنْسَب إلى القديم، ويقال أيْضاً: إنه مُخرَّج.

وظاهر المذهب أنه يُكْتَفَىٰ للحدِّ بما جَرَىٰ، ويسقط قطْع اليمين، والفَرْق أن المقصود من الحدِّ التنكيل وتنقيص الآلة الباطشة، وقد حصَل ذلك، والقصاصُ مبنيٌّ على المماثلة، وأيضاً، فالحدود مبنيةٌ على المساهلة، ولليسار مدْخلٌ في قطْع السرقة في الجملة، فجاز أن يكْتفَىٰ بها، وحقوق الآدميِّين مبنيةٌ على المضايقة، فلا يقطَعُ اليسارُ باليمين بحالٍ، وأيضاً، فقطع القصاص أخصُّ بالطَّرَف من قطْع السرقة؛ ألا ترى أن مَنْ قَطَع يمين غيره، ولا يمين له، لا تُقَطَع يساره بحال، ولو سرق مَنْ لا يمينَ له، فقد تُقطَع يساره واستدركَ القاضي حُسَيْن؛ فحمل ما أطلَقَه الأصحابُ على الحالتَيْن

(١) في ز: المقصود من.

الأخيرتين من الأحوال الثلاث، وقال في الحالة الأُولَىٰ: وهي أن يُخرِج يساره على قصْد الإباحة أو البدل، وجَب أن لا يسقط القطْع في اليمين، كما لو قطع السارقُ يسارَ نفْسِه أو قطَعَها غيره بعْد ما وجَب قطْع اليمين بالسَّرقة.

ثم في المسألة فروعٌ:

أحدها: لو كان المقتصُّ منه مجنوناً، فهو كما لو أخرج اليسارَ مدهوشاً، ولا يتحقَّق منه البذلُ والتسليطُ ولو كان المقتص منه عاقلاً، والمستحِقُّ مجنوناً، فقطع يمين المقتص منه مكرهاً له فهل يكون مستوفياً لحقه؟ فيه خلاف قد تقدَّم، وإذا قلْنا: لا يصير مستوفياً، وهو الصحيح، فينقل حقه إلى الدية، ويجب للجانِي ديةُ يدِهِ، فإن جعلْنا عمْدَهُ عمداً، فالدية في ماله، والصورةُ من صُوَر التقاصِّ، وإن جعلْناه خطأً، فدية اليسار على عاقلته ولا[1] تقاصَّ، ولو قال لمن عليه القصاص: أَخرِجْ يمينَكَ، فأخرَجَها، فقَطَعَها المجنونُ، قال الأئمة: لا يصح استيفاؤه، وينتقل حقُّه إلى الدية، ولا ضمان عليه؛ لأنه أتلفها ببذْلِهِ وتسليطِهِ، وإن أخرج يسارَهُ، فقَطَعها، فهي مهدرة، ويبقى القصاصُ في اليمين.

الثاني: حيثُ أوجبْنا دية اليسار فهي في مال القاطِع، لأنه قطَع متعمِّداً، وعن نصه في «الأم»: أنها تجب على العاقلة.

وحيث يبقى القصاصُ في اليمين فلا يُستوْفَىٰ حتى يندمل قطْع اليسار؛ لما في توالي القطعَيْن من خَطَر الهلاك، نص عليه، ولو قطَع طرَفَيْ إنسانٍ معاً، فيقتص فيهما معاً، ولا يفرق، فعَنْ بعض الأصحاب فيما حكى الفورانيُّ وغيره: أنهما على القولَيْن بالنقل والتخريج، والصحيحُ الفرقُ؛ لأن الخطَرَ ها هُنَا لو والينا لا ينشأ من القَطْع المستَحقِّ، بل منه ومن غيره، فيُؤخِّر إلى أن يزول ما ينشأ من غير المستَحقِّ، ويخالف ما إذا قَطَعَ يمينَ واحدٍ ويسار آخر، حيث لا نُوالي بين القصاصين؛ لأنه يجتمع خطر [عليه، ولم يوجد منه ذلك، وإذا قَطَعَهما منْ واحِدٍ، فقد جَمَعَت جنايتُهُ خطَر القطْعَيْن][2] على واحدٍ فيقابل بمثله، ويُخَرَّج من النقل والتخريج وجْهٌ أنه لا يُوالَىٰ في قصاص الأطراف، وإن والى الجاني في قطْعها وقد ذكرناه من قبل.

---

(١) قال الشيخ جلال الدين البلقيني: أي إذا قلنا بجريانه في غير النقدين أما إذا قلنا بالمذهب فلا تقاص إذا كان الواجب إبلاً على ما عرف في موضعه. وقال الشيخ جلال الدين أيضاً، قوله فدية اليسار على عاقلته كذا هو في الرافعي وهو وهم سبق إليه القلم وإنما الصواب فدية اليمين على عاقلته لأن صورة المسألة أن المقتص المجنون قطع يمين العاقل مكرهاً.

(٢) سقط من: ز.

الثالث: قال المُخْرِجُ: قصدتُ بالإخراج إيقاعَها عن جهة اليمين، وقال القاطع: أخرجْتَها على قصْد الإباحة، فالمصدَّق المخرجُ بيمينه؛ لأنه أعرف بقَصْده.

فرْعٌ: نبت له قصاصٌ في أنملةٍ، فقَطَعَ من الجاني أنملتَيْن، سئل فإن اعترف بالتعمد، قُطِعَتْ منه الأنملة الثانية، وإن قال: أخطأتُ، وتوهَّمتُ أني أقْطعُ أنملةً واحدةً، صُدِّق بيمينه، ووجب أرْشُ الأنملةِ الزائدةِ، ويكون في ماله أو على العاقلة؟ فيه قولان أو وجهان، قال الروياني: والأصحُّ الأوَّلُ:

البَابُ الثَّاني العَفْوُ

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَالنَّظَرُ فِي طَرَفَيْن: الأَوَّلُ فِي حُكْم العَفْوِ وَهُوَ مَبْنِيٌّ عَلَىٰ أَنَّ مُوجِبَ العَمْدِ القَوَدُ المَحْضُ وَالدِّيَةُ خَلَفٌ عِنْدَ سُقُوطِهِ، أَوْ هُوَ القَوَدُ أَوِ الدِّيَةُ أَحَدُهُمَا لاَ بِعَيْنِهِ، وَفِيهِ قَوْلاَنِ، فَإِنْ قُلْنَا: الوَاجِبُ أَحَدُهُمَا فَلَوْ عَفَا عَنْهُمَا صَحَّ، وَإِنْ عَفَا عَنِ الدِّيَةِ فَلَهُ القِصَاصُ، وَهَلْ لَهُ مَرْجِعٌ إِلَىٰ الدِّيَةِ فِيهِ ثَلاَثَةُ أَوْجهٍ، وَجْهُ الرُّجُوعِ أَنَّهُ يَبْعُدُ بَقَاءُ قِصَاصٍ مَحْضٍ بِلاَ دِيَةٍ يُرْغَبُ بِهَا فِي العَفْوِ، وَالثَّالِثُ: أَنَّ تَأْثِيرَ العَفْوِ يُلْحِقُ تَفْرِيعَ هَذَا القَوْلَ بِالقَوْلِ الآخَرِ، فَإِنْ قُلْنَا: لاَ مَرْجِعَ إِلَىٰ المَالِ فَفِي جَوَازِ التَّرَاضِي وَجْهَانِ، فَإِنْ جَرَىٰ مَعَ غَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ فَوَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ وَأَوْلَىٰ بِالمَنْعِ وَهُوَ جَارٍ فِي كُلِّ قِصَاصٍ يَثْبُتُ بِلاَ دِيَةٍ، وَلَوْ قَالَ: عَفَوْتُ عَنْكَ نُزِّلَ عَلَى القِصَاصِ فِي وَجْهٍ، وَرُجِعَ إِلَىٰ نِيَّتِهِ فِي وَجْهٍ، وَلَوْ قَالَ: ٱخْتَرْتُ الدِّيَةَ يَسْقُطُ القِصَاصُ، وَلَوْ قَالَ: ٱخْتَرْتُ القَوَدَ لَمْ يَسْقُطِ الدِّيَةُ عَلَى الأَظْهَرِ لِأَنَّه تَهْدِيدٌ وَوَعِيدٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مقصود الباب الكلامُ في العفْو، وهو مندوبٌ إليه وإذا عفا بعْض المستحِقِّين، سقط القصاص، وإن لم يَرْضَ الآخرون، واحتُجَّ بأنه رُوِيَ ذلك عن عُمَرَ وابنِ مسعُودٍ ـ رضي الله عنهما ـ ولا مخالِفَ لهما في الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ فكان كالإجْماع، وبأن القصاصَ لا يَتَجَزَّأ فيُغلَّب جانبُ السقوط لحَقْن الدماغ، وكذلك نقول: لو عفا عن عُضْوٍ من أعضاء الجانِي، سقَط القصاص كلُّه، كما أن تطليق بعْض المرأة تطليقُ كلِّها، وكذا لو أقَّتَ العفو، تأبَّد[1]، ثم القولُ في العفو، يقع في طرفين:

---

(١) قال في الخادم: الظاهر أن هذا في المعين أما لو قال عفوت عن بعض دمك فقال في البحر في باب الشهادات: إن قلنا البراءة تجوز عنه فهذا أجوز، وإن قلنا بالمنع فيحتمل أن يقال يجوز لأن العفو عن فيه كالعفو عن الكل. وقال في هذا الباب: لو قال الولي عفوت عن نصف قصاص النفس هل يصح العفو؟ فيه وجهان والأصح عندي أنه يكون عفواً عن الكل. وقال في التتمة: إذا أضاف العفو إلى العضو فقال: عفوت عن بعضك أو أضافه لعضو من أعضائه أو إلى بعض=

أحدهما: في حكْم العَفو وأثرِه.

والثاني: في ألفاظه وفي الصحيح منها والفاسد.

أما الأول: فهو مبنيٌّ على أن موجِبَ العمْد في النفْس والطَّرَف ماذا؟ وفيه قولان:

أحدهما: أن موجبه القَوَدُ المحْضُ، والديةُ خلَفٌ، يُعْدَل إليه عند[1] سقوطه؛ لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَىٰ﴾ [البقرة - ١٧٨]، وعن رسول الله ﷺ أنه قَالَ: «العَمْدُ قَوَدٌ»[2] ولأنه بَدلُ متلَف، فيتعين جِنْسه كسائر المتلَفات.

والثاني: أن موجِبَه أحدُ الأمرين، إما القصاصُ أو الديةُ؛ لما رُوِيَ عن ابن سُرَيْج الكَعْبِيِّ - رضي الله عنه - «أن النبيَّ ﷺ قال: ثُمَّ أَنْتُمْ يَا خُزَاعَةُ قَتَلْتُمْ هَذَا القَتِيلَ مِنْ هُذَيْلٍ، وَأَنَا وَٱللَّهِ، عَاقِلُهُ، فَمَنْ قَتَلَ بَعْدَهُ قَتِيلاً، فَأَهْلُهُ بَيْنَ خِيرَتَيْنِ، إنْ أَحبُوا، قَتَلُوا، وَإِنْ أَحَبُّوا أَخَذُوا العَقْلَ» وهذا القول أرجَحُ عند الشيخ أبي حامد، والأظهر عند القاضي أبي الطيِّب والرويانيِّ وصاحب «التهذيب» وغيرهم: الأوَّلُ، وعلى القولَيْن جميعاً؛ للوليِّ أن تعفو على الدية، ولا يحتاج إلى رضا الجاني؛ لحديث ابن سُرَيْج، ولو مات أو سَقَط الطَّرَف الذي استحَقَّ قِصاصَه، وجبتِ الديةُ، كما لو سقط القصاص بعفو بعْض الورثة وبه قال أحمد، وقال أبو حنيفة: لا يُعْدَل إلى المال إلاَّ برضا الجاني، وإذا ماتَ الجانِي، سقطت الدية، وفي شرْح «مختصر الجُوَيْنِيِّ» أن صاحب «الجامع» حكَىٰ عن القديم قولاً مثله، وعن مالك روايتان؛ أشهرهما مساعدة أبي حنيفة والثانية: تخيير الوليِّ، قال الإمام: إذا كنَّا نخير على القولين الوليَّ، ونرجع إلى الدية عند الموت، ففي العبارة المشهورة لترجمة القولين تكلُّفٌ، والصيغةُ التامة علَىٰ الغرض، أن يقال: العَمْدُ

= الزمان كقوله عفوت عنك شهراً فالعفو صحيح والحكم فيه كالطلاق وقضيته أن يأتي فيه الخلاف أنه من باب السراية أو من باب التعبير بالبعض عن الكل.

(١) قال في الخادم: لا حاجة إلى قوله عند سقوطه فإن الولي على القولين متمكن من مطالبته المال وإن لم يعف عن القصاص بعد وليس يمكنه موثوقاً على سقوط القصاص كما تقتضيه هذه العبارة، وقد نبه على ذلك العماد ابن يونس في شرح الوجيز. وقال في الخادم أيضاً: إن هذا ذكره الشيخ واضح فيما إذا أمكن القصاص أما حيث لا يمكن كما لو قتل الوالد ولده أو المسلم ذمياً فهل نقول الواجب الدية عيناً عكس القاعدة أو كغيره فيجب القود عيناً ويعدل إلى الدية لأن الأبوة وشرف الإسلام مسقط لم يتعرضوا له وهو محتمل.

(٢) أخرجه الشافعي وأبو داود [٤٥٤٠ - ٤٥٩١] والنسائي [٨/٣٩ - ٤٠] وابن ماجه، من حديث ابن عباس في حديث طويل، واختلف في وصله وإرساله، وصحح الدارقطني في العلل والإرسال، ورواه الطبراني من طريق عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده مرفوعاً: العمد قود، والخطأ دية، قال الحافظ في التلخيص: وفي إسناده ضعف.

يقتضي ثبوت المال لا محالة، ولكنه يَثْبُتُ معارضاً وموازناً للقصاص، أو يثبت تبعاً وبدلاً لا أصلاً ومعارضاً؟ فيه قولان:

التفريع: إن قلْنا: الواجب أحدُهما لا بعينه، فلو عَفَا عن القصاص والدية جميعاً، فلا مطالبة بواحد منهما، ولو قال: عفوْتُ عمَّا وجبَ لِي عليْكَ بهذه الجناية أو عن حَقِّي الثابت عليك، وما أشبهه، فكذلك حكاه القاضي ابن كج عن نصِّه ـ رضي الله عنه ـ ولو قال: «عفَوْتُ على أن لا مَالَ لي»، فوجهان:

أحدهما: أنه كما لو عفا عنهما.

والثاني: لا تسقط به المطالبة بالمَال؛ لأنه لم يُسْقِطْه، وإنما شرط انتفاءه، وإلى هذا مال الصيدلاني، ولو عفا عن القصاص، تعينت الديةُ، ولو عفا عن الدية، فله أن يقتص، فإن مات الجاني، فللمستحِقِّ الديةُ؛ لفوات القصاص بغير اختياره، ونقل القاضي ابن كج قولاً آخر أنَّه لا رجوعَ إلى المال بعْد إسقاطه، والظاهرُ الأولُ، وهل له أن يرجِعَ إلى الدية؛ بأن يَعْفُوَ عن القصاصِ على الدية؟ فيه ثلاثة أوجُهٍ؛ الَّذي رجَّح منْها، ونُسِبَ إلى النصِّ، وأورده صاحب «التهذيب»: المنعُ، كما أنه إذا عفا عن القصاص، لا يرجع إليه؛ وعلى هذا، لو عفا مطلقاً، لم يجب شيْءٌ من المال.

والثاني: أن لَهُ أن يَعْفُوَ عن القصاصِ على الدية؛ لأن في تمكين مستحِقِّ القصاص من الرجوع إلى الدية ما يدعوه إلى العفْو، ففيه رفْق للجاني والمجني عليه، وحاصل هذا الوجه أن العَفْو عن الدية لغْوٌ والوليُّ على خِيَرَتِهِ، كما كان.

والثالث: واختاره الشيخ أبو محمَّد: أنه إذا عفَا عن الدية، كان الحكم على هذا القول كالحُكْم على القول الآخر، وهو أن الواجب القَوَد المحْضَ يجوز العفو عن الدية، وإذا عفا مطلقاً، فيجيء في وجوب الدية الخلافُ المذكورُ منْ بَعْدُ، فإن قلْنا: لا رجوع له إلى الدية استقلالاً، فلو رضيَ الجاني وتصالَحَا، على مال، إما مِنْ جنْس الدية أو من غيْر جنْسها بقدرها أو أَقَلَّ منها أو أكثر، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز، كما لا تجوز المصالحةُ عن حدِّ القذف على مال.

وأصحُّهما: الجواز؛ لأن الدمَ متقوِّم شرعاً، كالبُضْع بخلاف العِرض، ولو جرى الصُّلْح مع أجنبيٍّ، فقد رُتِّب الخلافُ فيه على الخلاف في الصُّلْح مع الجاني، وجعل الصُّلْح مع الجاني أولَىٰ بالجواز؛ لحاجته إلى الفداءِ، ومع الترتيب، فالأقوى في الأجنبيِّ الجوازُ أيضاً؛ لأن اختلاع الأجنبي جائزٌ، وإذا جاز أنْ يبذل بدَل البُضْع، فلأَنْ يجوز أن يُبْذَل الدَّمُ مع أن الشرْعَ قد رغَّب في إسقاطه، كَانَ أَوْلَىٰ، ولو عفا أو صالح عن القَوَد على مال قَبْل أن يعفو عن الدية، فإن كان المصالَحُ عليه منْ غير جنْس الدمِ،

جاز، سواءٌ كانتْ قيمته بقدر الدية أو أقلَّ من قدْر الدية أو أكثر، ذكره في «التهذيب» وإن كان من جنْسه، فسيأتِي، ويجري هذا الخلافُ فيما إذا ثبت القصاصُ بلا دية، وصورتُهُ ما إذا قطَع يدَيْ إنسانٍ، فسَرَىٰ القطْع إلى نفسه، فقُطِعَت يد الجاني قصاصاً أو قُطِعَتْ يده قصاصاً؛ ثم سرت الجناية إلى نفس المجنيِّ عليه، فإنه يجوز حَزُّ رقبته، ولا يجوز العفْو على الدية؛ لاستيفاء اليدين الموازيتين للدية، وقد قدَّمنا الصورة ولو قال: عفوتُ عنك، ولم يذكر القصاص، ولا الدية، ففيه وجهان عن صاحب «التقريب» وأَلْحَقَ به أبو الفرج السرخسيُّ ما إذا قال: عفوتُ عن أَحَدِهما، ولم يعيِّن، أحدَ الوجهَيْن؛ أنه ينزّل على القصاص، ويحكم بسقوطه؛ لأن العفو أليقُ به، وهو السابق إلى الفَهْم منه.

وأظهرهما: وبه قطع الشيخ أبو عليٍّ: أنه يرجع إليه؛ لأن اللفظ يحتملهما جميعاً، فإذا بَيَّن ما نواه منْهما رتب حكْمَه عليه، وعلى هذا، فلو قال: لم تَكُنْ نية حينَئِذٍ، فوجهان:

أحدهما: أنه ينزل على القصاص.

وأقربُهما: أنه يقالَ له: اصرف الآن إلى ما شئْتَ منهما، ويخرج عند الاختصار ثلاثةُ أوجه:

أحدها: الحمْل على القصاص.

والثاني: اتِّباع نيته في الماضي أو الحال.

والثالث: إنْ نوى الدية، حُملَ عليها، وإلا حُمِلَ على القصاص، ولو قال: اخترتُ الدية، سقَطَ القصاصُ، وثَبَتَ المال، وكان ذلك كقوله: عفوتُ عن القصاص، وهذا هو المشهور المذكور في الكتاب، وعن القفَّال فيما حكَىٰ أبو الفرج السرخسيُّ في «أماليه»: أن اختيار أحدهما لا يُسْقِط حقَّه من الثاني، ويبقى خياره، كما كان، وشَبَّهه بما إذا أتلف كُرَّ حنطة جيِّدة على إنسان، ولم يوجد هناك إلا كر حنطة رديئة، فإنه يتخيَّر المُتْلَفُ عليه بَيْن أن يأخذه، وبين أن يَعْدِل إلى القيمة، فلو قال: اخترتُ أحدهما، لم يَبْطُل بذلك خيارُهُ، ولو قال: اخترتُ القصاص، فعن المنقول عن «القفال»: لا يخفَىٰ الحال، وعلى المشهور، هل له الرجوعُ إلى الدية؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، لأنه تركَها باختياره، فأشْبَه ما إذا اختار الدِّية لا يرجع إلى القصاص، وهذا أصحُّ عند صاحبُ «التهذيب».

والثاني: نعم؛ لأنه لا يرجع من الأغلظ الأعلَىٰ إلى الأخفِّ، بخلاف العكس، وقد يقصد بقوله: «اخترتُ القصاص» تهديدَ الجانِي، وشُبِّه الخلافُ بالخلافِ فيما إذا نكل عن اليمين مع الشاهد، فعرضت اليمين على المُدَّعَىٰ عليه، فنَكَلَ، هل تُردُّ اليمينُ

على المُدَّعِي، قال الإمام: وينبغي أن يفرِّع ذلك على أن التصريحَ بإسقاط الدية، هل يمنع الرجوع إلى المال أو يقع لغواً؟ فإن جعلْناه لغواً، فلا معنى لقوله: «اخترت الدية» وإن اعتبرناها، فهل يفيد قوله: «اخترت القصاص» ما يفيده قوله: «فوت عن الدية»؟ فيه الخلاف. قوله في الكتاب: «تأثير العفو تعجيل القود المحض» لفْظ «التعجيل» محمولٌ على تعجيل تعيينه أو تعينه للاستيفاء، أو نحو ذلك، ولفظ «الوسيط» تأثيره في أن يجعل القَوَد المحض واجباً، ولو قال: «تأثير العَفْو أن يحلق تفريع هذا القول» لحَصَل الغَرَضُ، وقد يوجب قريب منه في بعض النُّسَخ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَإِنْ قُلْنَا: الوَاجِبُ القَوَدُ المَحْضُ فَلَوْ عَفَا عَلَىٰ مَالٍ ثَبَتَ المَالُ، وَلَوْ مَاتَ قَبْلَ ٱلاِقْتِصَاصِ ثَبَتَ المَالُ، وَإِنْ عَفَا مُطْلَقاً فَقَوْلاَنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فَرَغنا عن تفريع أحدِ القولَيْن، وهو أنَّ موجِبَ العمْد أحدُ الأمرين، أما إذا قلْنا: إن موجبه القصاصُ بعَيْنه، فلو عفا عنه على الدية، وجَبَتِ الدية، ولو عفا عنه علَىٰ مال آخر، فإن كان من جنس الدية، فسيأتي إن شاء الله تعالَىٰ، وإن عفا أو صالَحَ على غَيْر جنسها، وقبل الجاني، ثبت المال [وسقط] القَوَد، وإن لم يَقْبَل الجاني، لم يثبت المال، وفي سقوط القَوَدِ وجهان مذكورانِ في «التهذيب» وغيره:

أحدهما: أنَّه يسقُطُ؛ لأنه رَضِيَ به، حيث أَقْدَم على الصُّلْح وطلب العوض.

وأظهرهما: المنع؛ لأنه رضِيَ به على عوض، ولم يحْصُل العرض، وليس هذا كالصُّلْح على الأعواض الفاسدة، فإنَّ الجانيَ هناك قد قبل، والتزم، فرجعْنا إلى بذْل الدم وإذا قلْنا بسقوط القَوَدِ، فهل تثبُت الدية، قال في «التهذيب»: هو كما لو عفا مطلقاً، والخلافُ في أنه، هل يَسْقُط القصاصُ، إذا عفا على مالٍ، ولم يقبل الجاني، يجري مثله فيما إذا عفا عن الدية على القول الأوَّل، وبقي القصاص، فعفا عنْه على الدية، وقلْنا: لا يجوزُ ذلك، ففي وجْهٍ: يسقط لرضاه بالسقوط، وفي وجْهٍ: لا، لأنه أسقطه على بدل، ولم يسلم، وشبه الخلاف بالخلاف فيما إذا عفا عن الشُّفْعة على مال، هل تسقط الشفْعة، ولو عفا عن القَوَدِ على نصْف الدية، فعن القاضي الحُسَين: أنه قال: هذه مُعْضِلَة أسْهرَتِ الأَجِلَّةَ، وعن غيره أنه بمنزلة ما لو عفا عن القود وعن نصف الدية، فيسقط القَوَدُ ونصْف[1] ولو عفا عن القود مطلقاً، ولم يتعرض للدية ولا إثبات، فهل يجب بالعفْو المطلَقِ الديةُ؟ فيه طريقان:

أحدهما: أن فيه قولَيْن أو وجهَيْن:

---

(١) نبه في المهمات على أن الذي نقله الرافعي عن غير القاضي الحسين هو الذي ذكره القاضي الحسين في تعليقه وقال: لا خلاف فيه ووافقه الأذرعي على ذلك.

أحدهما: ويُحكَىٰ عن اختيار المزنيّ: أنه يجب؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة ـ ١٧٨] أي اتباع للمال، وذلك يُشْعر بوجوب المال بالعفو، ولأنه سقط القصاص بالعفو، فيُعْدَل إلى بدله، كما لو مات الجاني.

وأصحُّهما: المنع؛ لأن القَتْل لم يوجب الدية على هَذَا القَوْل، والعفْو إسقاطُ ثابتٍ لا إسقاطُ ما لَيْسَ بثَابتٍ، والآيةُ محمولةٌ على ما إذا عفا على الدية، فإذا قلْنا: لا تثبت الديةُ بنفْس العفْو، فلو اختار الديةَ بعْد العفو، قال القاضي ابن كج: تَثْبُتُ الدية، ويكون اختيارها بعْد العفْو كالعفو علَيْها، وحُكِيَ عن النصِّ أن هذا الاختيار ينبغي أن يكون عقيب العفْو، عن بعض الأصحاب أنه يجوز فيه التراخِي، ولو عفا عن الدية، فهو لغْوٌ، وعلى قوْلنا: إن الواجب القَوَدُ المحْضُ، فله بعد ذلك العفْو عن القَوَدِ على الدية، ولو عفا مطلقاً، عاد الخلاف في وجوب الدية.

وقوله في الكتاب: «فلو عفا على مال، ثبت المال» يمكن حمْلُه على الدية وغيرها، ولكن يُشْتَرَطَ في غيرها قَبُولُ الجانِي.

وقَوْلُه: «ولو مات قبل الاقتصاص ثبت المال» محمولٌ على الدية.

وقوله: «فقولان» مُعْلَمٌ بالواو؛ للطريقة القاطعة.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَإِنْ كَانَ مُفلِساً فَلَهُ العَفْوُ عَنِ القِصَاصِ، وَلَهُ العَفْوُ عَنِ الدِّيَةِ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ لِأَنَّهُ دَفعٌ لِلوُجُوبِ لاَ إِسْقَاطٌ لِلوَاجِبِ، أَوْ سَبَبُ الوُجُوبِ عَفْوٌ مُطْلَقٌ وَلَمْ يَجْرِ، وَالمُبَذِّرُ كَالبَالِغِ فِي ٱسْتِيفَاءِ القِصَاصِ وَعَفْوِهِ، وَفِي إِسْقَاطِهِ الدِّيَةَ مَعَ القِصَاصِ كَالصَّغِيرِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ كَالمُفلِسِ، وَلَوْ صَالَحَ عَلَىٰ مِائَتَيْنِ مِنَ الإِبِلِ بَطَلَ عَلَى قَوْلِنَا: الوَاجِبُ أَحَدُهُمَا، وَعَلَىٰ قَوْلِ الآخَرِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه مسألتان:

إحداهما: إذا كان مستحِقُّ القصاص مَحْجوراً عليه، نُظِر؛ إن كان مسلوبَ العبارةِ؛ كالصبي والمجنون، فعَفْوهُ لغْوٌ، وإلا، فإن كان الحجْرُ عليه لحَقِّ غيره، كالمحجور عليه بالفَلَس، فله أن يقتص، ولو عفا عن القصاص، سقَطَ وأما الدية فإنْ قلْنا: موجب العمد أحدُ الأمرين، فليس له العَفْو عن المال، وإذا تعيَّن المال بالعَفْو عن القصاص صُرِفَ إلى غرمائه، ولا نكلِّفه تعجيل القِصَاص، أو العَفْو؛ يصرف المال إلَيْهِم، وإن قلْنا: موجب العمْد القَوَدُ، فإن عفا على المال، ثبَتَ المال، وإن عفا مطلقاً، فكذلك تثْبُتُ الدية، إن قُلْنَا بأن العفو المطلَقَ يوجب الدية، وإن قلْنا: لا يوجبها، لم يثبت، وإن قال: عفوتُ على أن لا مال لي، فإن لم يوجب مطلق العفو

المال، فالمقيد بالنفي أولَىٰ، وإن قلْنا: مطلَقُهُ يوجب المال، فَفِي المقيَّد بالنفْيِ من المحجور وجهان:

أحدهما: يجب؛ لأنه لو أطلَقَ العفو، لوجب المال، فالنَّفْي كالإسقاط لِمَا لَهُ حُكْمُ الوجوب.

وأصحُّهما: المنع؛ لأن العفو مع نفي المال لا يقتضي مالاً، فلو كلَّفْنا المفلِس أن يطلق ليثبت المال، كان ذلك تكليفاً بتكسب، وليس على المُفْلِس التكسُّب لمَا علَيْه من الديون، قال الإمام: ويعبر عن الوجهَيْن بأنَّ العفو مع نفْيِ المال إسقاطٌ للواجب أو منْعٌ ودفْعٌ للوجوب، وإلى هذا أشار في الكتاب بقوله: «أوْ سبَبُ الوجوبِ عفوٌ مطلَقٌ، ولم يجر» أي سبب وجوب الدية العفو المطلَقُ عن القصاص، ولم يوجَدْ، وإنما الموجود العفْو المقيَّد بالنفْي، وهو مبنيٌّ على أن الواجبَ القَوَدُ على ما بيَّنَّاه، واقتصر على ذكْر وجهين مُخَرَّجان من التفريع على أن الواجِب بالعَمْد ماذا؟ وعلَىٰ أن العفْو المطلَقَ، هل يوجب الدية، وليس المرادُ من قوله: «وله العفْو عن الدية على أحد الوجهين» ما إذا خصص الدية بالعفْو بعد ثبوتها، فإن عفوه لا ينفذ حينئذ بلا خلاف، وإنما المراد ما إذا نفى المال مع العفْو عن القصاص، كما قال في المُبَذِّر وفي إسْقَاط الدية مع العَفْو عن القصاص، وعفو المريضِ مرَضَ الموْتِ، وعفوِ الورَثةِ عن القصاص مع نَفْيِ المال، وفي التركة ديونٌ أو للقتيل وصايا ـ كعَفْو المُفْلِس، كذلك حكاه الرُّويانيُّ وغيره.

وأما المحجورُ عليه لسفهه وهو المُبذِّر فيصحُّ منه إسقاطُ القصاص واستيفاؤه، وفيما يرجع إلى الدية حُكْمُه حُكْمُ المفلس على أحد الوجهين، وهذا الذي أجاب به أكثرهم.

والثاني: أنه لا يصحُّ عفوه عن المال بحال؛ كالصبيِّ، ونظْم الكتاب يقتضي ترجيحه، ويُحْكَىٰ عن القفَّال أنه قطَع به، وعُلِّل بأنَّا، وإن قلْنا: مطلَقُ العفْو لا يوجبُ المال، وإذا تصدى له مال، لم يجُزْ له ترْكُه، كما لو وُهِبَ له شيْءٌ أو وُصِّي له بشيْءٍ، فلم يقْبَلْ، فوليُّه يقبل عليه، بخلاف المفْلِس، لا يقبل الغرماء عليه ولا الحاكم، وحكى الإمام أنه لوْ رَدَّ، لم يصح ردُّه، وأنَّ الوليَّ يقبل عليه، ويوقف فيه، وعفْوُ المكاتَبِ عن الدية تبرُّع لا ينفذ من غير إذن السيد، فإن أَذِنَ، فعلَىٰ الخلاف في صحَّة تبرُّعاته بإذْن السيد.

الثانية: لو جَرَىٰ الصلح عن القصاص علَىٰ أكثر من الديةِ من جنسها، كما لو صالَحه على مِائَتَيْنِ من الإِبِل، يُفَرَّع ذلك على أن الواجِب أخذُ الأمرين أو القَوَدُ بعينه، فإن قلْنا: الواجب أحد الأمرين، لم يصحَّ الصلْحُ؛ لأنه زيادة على الواجِبِ نازلٌ منزلة الصلْح من ألف على ألفين، وإن قلْنا: الواجبُ القصاصُ، فوجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك؛ لأن الدية هي التي تخلُفُ القصاصَ عنْد سقوطه، فلا يزاد عليها.

وأصحُهما: الصحة وثبوتُ المصالِحَ عليه، فإنه مالٌ يتعلَّق باختيار المستحِقِّ والتزام الجاني، فلا معنى لتقديره، وصار كَبَدَلِ الخُلْع.

فرْعٌ: إذا سقط القصاص بعفو بعْض المستحِقِّين، فللآخرين الديةُ بالحصة؛ لفوات القصاص بغير اختيارهم والعافي، إن عفا على حصَّته من الدية، تثبُتُ، وإن نفى المال، لم تثبت، وإن أطلَقَ، فعلى الخلاف في أن الواجبَ بالعمْد ماذا؟ إن قلْنا: أحد الأمرين تثبت حصته، وإن قلنا: القَوَد بعينه، فعلى الخلاف في أن مُطْلَقَ العَفْو، هل يوجب الدية؟

فائدة: قد تكرَّر في الباب الكلامُ فيما إذا عفا عن القصاص أو عفا عن الدية أو عفا عنهما جميعاً مع التفريع على أن الواجِبَ أحدُهُما، وقد يقالُ: نحْنُ في هذا القول نصرِّحُ بأن الواجبَ أحدُهما، لا بعينه وحينئذ فالعفو عن القصاص بعينه أو عن الدية بعينها أو عنهما جميعاً عفو على غير الواجب فكيف نصور ذلك؟ وقد يجاب بأنا مع القول بأن الواجب أحدهما لا بعينه نقول بالعفو عن القصاص إسقاط المطالَبةِ به، وحينئذ ينتظم إسقاطَ المطالبةِ بأحدهما على التعيين، وبهما جميعاً.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الطَّرَفُ الثَّانِي فِي العَفْوِ الصَّحِيحُ وَالفَاسِدَ وَأَحْوَالُ العَفْوِ خَمْسَةٌ الأُولَىٰ إِذَا أُذِنَ فِي القَطْعِ وَالقَتْلِ فَلاَ دِيَةَ، وَفِيهِ قَوْلٌ أَنَّهُ يَجِبُ الدِّيَةُ إِذَا قُلْنَا: يَثْبُتُ الدِّيَةُ لِلوَارِثِ ٱبْتِدَاءَ لاَ تَلَقِّيا، وَفِي سُقُوطِ الكَفَّارَةِ وَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ وَأَوْلَىٰ بِاللُّزُومِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الرضا بالجناية وترك المؤاخذة بها قد يَتَقدَّم على الجناية، ويسمى إذْناً وإباحةً، وقد يتأخَّر عن أوَّلها أو نهايتها، ويسمى عفْواً وإسقاطاً وإبراءً وعده الإذْنَ من جملة أحوال العفْو، حيث قال: «وأحوال العفْو خَمْسةٌ» فيه توسُّع.

وفقْه الفصْل أنه لو قال لغيره: اقطَعْ يدي، والقائل مالكٌ لأمره، فقَطَع المأذونُ يده، لم يجِبْ عليه قصاصٌ ولا دية؛ لأن الإذْن في الإتلاف من مستحق البدل يتضمَّن الإهدار، ألا ترى أنه لو أَذِنَ في إتلاف ماله، لم يجب الضمان بإتلافه، وإن لم يقِفِ القطْع بل سَرَىٰ، أو قال: اقتلني، فقَتَله، ففي وجُوب الدية قولاَن بناءً على أن الدية تثبت للورثة ابتداءً أو تلقياً عن القتيل، وفي وجوب القصاص طريقان، وقد سبق ذكْر القولَيْن والطريقَيْن في «فصل الإكراه على القَتْل»، وقد ذَكَرَ في الكتاب الخلافَ في القصاص هناك، وفي الدِّيَة ها هنا، واعترض على قول التَّلَقِّي بأن الدية إذا ثبتت له، وهي عُرْضَة الانتقال إلى الورثة، وجب ألاَّ ينفذ الإسقاط والإباحة، إلا في ثلثها، وأجيب بأنَّه لا يسقط ثانياً في الحال، وإنما يبيح ما يتضمَّن إتلافه مالاً، لولا الإباحةُ واعتُرِضَ على القول الآخَر؛ بأنها ثبت للورثة ابتداءً، لَمَا قد قُضِي منها ديونُ القتيل،

ولا نفذت وصاياه وأجيبَ بأن الورثَةَ ملَكُوا الدية من جهته وبدلاً عن نفْسِه، فقدِّم حقُّه على حقُوقهم، ونظْم الكتاب يقتضي ترجيح القولِ الذاهِب إلى نفي الدية[١]، وتلقِّي الورثة من القتيل، وقد سبق أن صاحب «التهذيب» وغيره رجَّحوه، والقاضي الرويانيُّ رجَّح القول المقابلَ له وأشار ابن الصبَّاغ إلى القطْع بنفي الدية، فيمكن أن يُعْلَم لذلك قولُه: «وفيه قول» بالواو، وإذا قلنا بوجوب الدية، [فتجب الكفارة لا محالة، وإن قلنا: لا تجب الدية،][٢] ففي الكفارة وجهان:

وأصحُّهما: الوجوب؛ لأنها تجب بالجنايةِ علَىٰ حقِّ الله تعالى، والإباحةُ لا تؤثِّر.

والثاني: ويُحْكَىٰ عن تخريج ابن سُرَيْج: أنه لا تجب، وحقُّ الله تعالى يتبَعُ في الوجوب والسقوط حقَّ الآدميِّ [فإذا] صار الشخْصُ مُهدَراً فلا كفارة بقتْله.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الثَّانِيَةُ: العَفْوُ بَعْدَ القَطْعِ وَقَبْلَ السِّرَايَةِ صَحِيحٌ عَمَّا مَضَىٰ، وَيَسْقُطُ القِصَاصُ عَنْ السِّرَايَةِ فِي المُسْتَقْبَلِ عَلَىٰ الصَّحِيحِ لِأَنَّهُ تَوَلَّدَ عَنْ مَعْفُوٍّ عَنْهُ، وَلاَ يَسْقُطُ الدِّيَةُ عَنِ السِّرَايَةِ لِأَنَّهُ تَوَلَّدَ عَنْ مَضْمُونٍ وَلَمْ يَعْفُ عَنِ المُسْتَقْبَلِ، وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّهُ تَسْقُطُ كَالإِذْنِ المُقَارِنِ، وَلَوْ قَالَ: عَفَوْتُ عَمَّا سَيَجِبُ فَهُوَ عَفْوٌ قَبْلَ الوُجُوبِ وَبَعْدَ سَبَبِهِ فَفِيهِ قَوْلاَنِ، فَإِنْ سَرَىٰ إِلَىٰ النَّفْسِ فَعَفْوُهُ وَصِيَّةٌ لِلْقَاتِلِ فَلاَ يَصِحُ إِنْ لَمْ يُصَحِّحِ الوَصِيَّةَ لِلقَاتِلِ، فَإِنْ كَانَ الجَانِي عَبْداً صَحَّ العَفْوُ لِأَنَّ فَائِدَتَهُ لِلسَّيِّدِ لاَ لِلقَاتِلِ، وَإِنْ كَانَ مُخْطِئاً صَحَّ لِأَنَّهُ لِلعَاقِلَةِ، وَإِنْ كَانَتِ العَاقِلَةُ مُنْكِراً أَوْ مُخَالِفاً فِي الدِّينِ فَلاَ لِأَنَّهُ عَفْوٌ عَنِ القَاتِلِ، وَلَوْ عَفَا عَنِ الطَّرَفِ عَلَىٰ مَالٍ ثُمَّ حَزَّ رَقَبَتَهُ لَمْ يَجِبِ القِصَاصُ عَلَىٰ أَضْعَفِ الوَجْهَيْنِ لِأَنَّ الحَزَّ لَهُ حُكْمُ السِّرَايَةِ فِي اتِّحَادِ الدِّيَةِ وَلَوْ سَرَىٰ القَطْعُ لَمَا وَجَبَ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا قطع عضواً من غيره كيد وأصبع، فعفا المجنيُّ عليه عن موجِب الجناية عليه قَوَداً أو أرْشاً، فللجناية أحوال.

أحدها: أن تقف ولا يتعدَّىٰ محلَّها، وتندمل، فلا قصاص ولا أرْش، لأن المستحِقَّ أسقطَ الحقَّ بعْد ثبوته؛ فيسقط، وبه قال أبو حنيفة.

---

(١) هكذا قطعوا به، وكان يحتمل أن يقال بالضمان فإن المحرم لو حلق شخص شعره وهو ساكت فإنه يضمن لأن الشعر في يده كالعارية أو كالوديعة ولا شك أن النفس أولى بذلك، والجواب أن الحكم في الموضعين سواء فإن الكفارة تجب على مبيح قتل نفسه وهي حق لله تعالى وهي نظير وجوب الفدية على المحرم هناك لأنها حق الله، وإنما سقط القصاص والدية لأنه حق آدمي فسقط بإسقاطه وقد أسقطه.

(٢) سقط من: ز.

وقال المزنيُّ: تجب الدية؛ لأن استقرار الجناية باندمالها، فلا يعتبر العَفْو قبل الاستقرار، ولا فرق في هذه الحالة بيْن أن يقتصر على قوله عَفَوْت عن موجبها، وبين أن يزيد فيقول: «وعما يحْدُثُ منها»، فإنه لم يحدُثْ منها شيْءٌ ولو قال: عفَوْتُ عن هذه الجناية، ولم يزد فعن نصه ـ رضي الله عنه ـ في «الأم»: أنه عفو عن القَوَدِ، وعن الأصحاب: أنه مفرَّع على قولنا: إن موجِبَ العمْد القَوَدُ، أما إذا قلنا: إن وجبه أحَدُ الأمرين، ففي بقاء الدية احتمالانِ للقاضِي الرويانيِّ.

الثانية: إذا سَرَىٰ القطْع إلى النفس، فلا قصاص في النفْس، كما لا قصاص في الطَّرَف؛ لأن السراية تولَّدت عن معْفُوٍّ عنه، فصارت شبهةً دافعةً، وأيضاً، فقد عفا عن الطَّرف، فلا يمكن استيفاء النفس إلا باستيفاء الطَّرَف، وعن أبي الطيِّب بن سلمة: أنه يجب القصاص في النفس؛ لأن المعفُوَّ عنه قصاصُ الطَّرَف دون النفْس، وسقوط القصاص في الطَّرَف لا يوجب سقوطَهُ في النفس؛ ألا ترى أنه لو استوفَىٰ قصاص الطَّرَف، ثم مات المجنيُّ عليه بالسراية، وجب قصاص النفس، فليكنِ السقوطُ بالعفْو كالسقوط بالاستيفاء، ويُحْكَىٰ هذا عن تخريج ابن سريج، وعلى هذا قال القاضي ابن كج: لو عفا عن القصاص، لم يكن له إلا نصْف الدية؛ لسقوطِ النصْف بالعفْو عن أرْش اليد، والصحيحُ الأوَّلُ، وأما المالُ؛ فأما أرْش اليد، فيُنْظَر؛ إن جرى لفْظ الوصية؛ بأن قال: أوصَيْتُ له بأرشِ هذه الجناية، فإذا ماتَ من الجناية، فقد صارت الوصيَّةُ وصيةً للقاتل، وقد سبَقَ الخلافُ فيها، فإنْ لم نصححها فعليه أرش العضْو المقطوع، وإن صحَّحناها، فإن خرج الأرْش من الثُّلُث، سقَطَ، وإلا، نفذَتِ الوصية في قدْر الثلث، وإنْ جرى لفْظُ العفو أو الإبراء أو الإسقاطِ؛ بأن قال: عفَوْت عن أرْش هذه الجناية أو أبرأتُه أو أسقَطْتُه، فحُكْمها حكْمُ الوصية أم لا؟ فيه طريقان:

أحدهما: نعم؛ بدليل الاعتبار من الثلُث؛ فعلَىٰ هذا يعود الخلافُ في الوصية للقاتل.

وأصحُّهما: لا؛ لأنه إسقاط حقٍّ ناجز، والوصيةُ هي التي تتعلَّق بحال الموت؛ فعلَىٰ هذا يسقُطُ، ولا يجيء فيه القولاَن، وأمَّا الزيادة على أرْش اليد إلى تمام الدية، فهي واجبة، إن اقتصر على العفْو عن موجب الدية، ولم يتعرَّض لِمَا يتولَّد منها، وإن تُعرَّض لِمَا يتولَّد منها أيضاً، نُظِر إن تعرَّض بلفْظ الوصية؛ بأن قال: أوصيتُ له بأرش هذه الجناية وضمان ما يَحْدُث منها أو يتولَّد أو يسري إليه، فيُبْنَىٰ على أن الوصيَّةَ للقاتل هل تصحُّ، ويَجِيْءُ في جميع الدِّيَة ما ذَكَرْنا في دية العضو المَقْطُوع، وإنْ قال: عفوت عنه، أو أبرأته عن ضمان ما يحْدُث أو أسقطْتُه، ففي اعتبارها فيما يحْدُث قولان نقَلَهما ابن الصبَّاغ وغيره.

وأصحُّهما: أن هذه الألفاظ لاغيةٌ، ويلزمه ضمان ما يَحْدُث [فإن إسقاط الشيْء قبل ثبوته غيْرُ منتظم.

والثاني: أنها تُعتَبَر، ولا يلْزَم ضمانُ ما يَحْدُث؛][(١)] لأن الجناية على الطَّرَف سببٌ لفوات النفْس، فإنَّ النفْس لا تباشر بالجناية، وهذا هو الخلاف الذي سَبَقَ في الإبراء عما لم يَجِبْ، وجرى سبب وجوبه، فإن قلْنا باعتبارها، سقَط الكلُّ وفي طريقِ حُكْمُ هذه الألفاظ حُكْمُ الوصية، يبنى على القولَيْن في الوصية للقاتل، قال الإمام: ويُخرَّج مما ذكرنا في أرْش العضْو وضمانُ السراية إلى الروح تفريعاً على الأصلَيْن، وهو الاختلافُ في الوصية للقاتِل، والاختلافُ في الإبراء عمَّا لم يجبْ، وجرى سبب وجوبه ثلاثة أقوال، فإن لم نصحِّح الوصية للقاتل، فتجب الدية بكمالها، وإن صحَّحناها، وصحَّحنا الإبراء عما لم يجِبْ، سقطَتْ بكمالها، إذا وفَّى بها الثلث، وإن صحَّحناها، ولم نصحح الإبراء، سقط الأرش، ووجَب ضمان السراية، هذا إذا كان قدْر الأرش دونَ الدية فأما إذا قطَع يدَيْ إنسان، فعفا المقطُوع عن أرش الجناية، وما يحْدُث منها، فإن لم نصحِّح الوصية، وجبت الدية بكمالها، وإن صحَّحناها سقطَتْ بكمالها، إذا وفَّى بها الثلث، سواءٌ صحَّحنا الإبراء عما لم يجبْ أو لم نصحِّحه؛ لأن أرش اليدين ديةٌ كاملةٌ فلا يزيد بالسراية شيْءٌ.

الثالثة: إذا سَرَىٰ القطْع إلى عُضْوٍ آخر، كما إذا قطع الأصبع، فتآكل باقي اليَدِ، ثم اندمل، فالمنقول: أنه لا قصاص [بناءً على أنه لا قصاص][(٢)] في الأجسام بالسَّراية، وقد ذكَرْنا فيه تخريجاً، ويمكن أن يجيْء على ذلك التخريجِ الخلافُ المذكورُ في قصاص النَّفْس في الحالة الثانية، وأما الدِّيةُ، فلا يخْفَىٰ سقوطُ دية العضْو المقطُوع بالعَفْو[(٣)]، وفي ضمان السراية وَجهَان:

أصحُّهما: أنَّه يجب؛ لأنه عفا عن موجِبِ الجناية الحاصلة في الحال، فيقتصر أثره عليه.

والثاني: المنع؛ لأنه إذا سقَطَ الضمان بالعفو، صارت الجناية غَيْرَ مضمونة، وإذا لم تكن الجنايةُ مضمونةً، فلا تكون سرايتها مضمونةً، كما إذا قال لغيره: اقطع يَدِي، فقَطَعها، وسرى القَطْع إلى عضو آخر، وكما إذا قطَع يد مرتدٍّ، فأسلَمَ، ثم سرَىٰ، هذا إذا اقتصر على العفْو عن موجب الجناية، فأما إذا قال: عفوتُ عن هذه الجناية، وما

---

(١) سقط من: ز. (٢) سقط من: ز.

(٣) وقضيته أنه لا خلاف لكن في الحاوي للماوردي إن محصنا القود. واعتبر للدية اختيارها لم يسقط بطلبه.

يحدُثُ منها، فسَرَىٰ قطْعُ الأصبع إلى الكفِّ، فإن لم نوجبْ ضمان السراية عند الاقتصار، فها هنا أولَىٰ، وإن أوجبناه، فيُخرَّج ها هنا على الإبراء عمَّا لم يجبْ، وجرى سبب وجوبه، ثم في الفصْل صُوَرٌ:

إحداها: إذا جَنَىٰ عبدٌ جنايةً توجب المال؛ إما لكونها خطأ أو لسبب آخرَ، وعفا المجنيُّ عليه عن أرْش الجناية، ثم مات بالسراية أو اندمل الجُرْح، ثم عفا في مرض الموت، فإما أن يطلق العفْو أو يضيفه إلى السيد أو العبْد، فإن أطلق العفْو؛ فصحته تَنْبَنِي على أن أرشَ جناية العبد يتعلَّق برقبته فحسب أم بها وبذمَّتِهِ، حتى يطالب بما فضل بعد العتق؟ وفيه قولان مذكوران في «الديات» فإن قلْنا: يتعلَّق بالرقبة فحسب، فيصحُّ العفو؛ لأنه تبرُّع على غير القاتل، وهو السيد، وإن قلْنا: يتعلق بالذمة أيضاً، ففائدة العفْو ترجع إلى العبد، فيبنى على الوصية للقاتل، إن صحَّحناها، صحَّ العفْو من الثلث، وإلاَّ، لم يصحَّ، وحكَىٰ الإمام اختلافاً للأصحاب، إذا قلْنا: إنه يتعلَّق بالذمة في أن المجنيَّ عليه، هل يملك فك الرقبة عن التعلُّق ورد الحق إلى الذِّمة خاصَّةً كما يملك فكَّ المرهون.

قال: وعلى الوجهَيْن يُبْقَىٰ تعلُّق الأرض بالرقبة، إذا أبطلْنا العفو؛ لكون العبد قاتلاً، أما إذا قلْنا: لا يمكن قطعُهُ، فظاهر، وأما إذا قلنا: يمكن، فِلأَنَّ ذلك إذا جرَّد مستحِقُّ الأرش القصْدَ إلى قطْعه، وها هنا لم يجرِّد القصد إليه، وإن أضاف العفْو إلى السيد، فقال«: عفوت عنك، صحَّ إن قلنا: يتعلَّق الأرش برقبة العبد فحسب، وإن قلْنا: يتعلق بذمة العبد أيضاً، لم يصحَّ العفو؛ لأنه عفْو من غير مَنْ عليه الحقُّ، وإن أضافه إلى العبد، فإن قلنا: يتعلق بالرقبة دون ذمة العبْد، لم يصحَّ، وإن قلنا: يتعلَّق بالذمة، ففيه القولان في «الوصية للقاتل»، وإن كانت الجنايةُ موجبةً للقصاص، فالعفو عن العبد صحيحٌ، فإنه عليه بكل حال.

الثانية: إذا جنى الحرُّ خطأً على إنسان فعَفَا المجنيُّ عليه، ثم سرت الجناية إلى النفْس، فقد خرجَتِ المسألةُ عن أصْل، سيأتي إن شاء الله تعالَىٰ في أن الخاطىءَ يلاقيه وجوب الدية، والعاقلةُ يتحملون عنه، أو الوجوبُ على العاقلة ابتداءً، فإن قال: عفوتُ عن العاقلة أو أسقطت الديةَ عنهم، فهذا تبرُّع على غير [القاتل]، فينفذ، إذا وَفَىٰ الثلُث به ويبرؤون، سواءٌ قدروا متأصِّلين أو غير متأصلين وكذا لو قال: عفوتُ عن الدية، ولم يضف إلى الجاني ولا العاقلة، وإنْ قال للجاني: عفوتُ عنك، فإن قلنا: إنَّ الوجوب لا تلاقيه، فهو لغْوٌ، وإن قلنا: تلاقيه، وتتحمل العاقلة، فوجهان:

أظهرهما: وهو المذكور في «التهذيب»: أن الجواب كذلك، لأنه لا شيْء عليه عنْد العفْو، فإن الديةَ كما وجبَتْ عليه، انتقلَتْ عنه.

والثاني: أنه ينفذ بتقديره أصيلاً وتقدير العاقلة كفيلاً، ثم إذا برىء الأصيل، برىءَ الكَفِيل، ومَنْ قال بالأول، قال: هذا الانتقال يُشْبِه الحوالة لا الضمان، هذا إذا ثبتت الجناية بالبينة أو باعتراف العَوَاقِلِ. فأما إذا اعترف الجانِي وأنكرت العوامل فالدية تجب على الجاني، ويكون العفو تبرُّعاً على القاتل، ففيه الخلاف في الوصية للقاتل، ولو عفا الوارثُ بعد مَوت المجنيِّ عليه عن العاقلة أو مطلقاً، صحَّ، ولو عفا عن الجاني، لم يصحَّ لأنه لا شيْء عليه، فإن ثبتت الدية بإقراره، صَحَّ.

الثالثة: لو كان الجاني ذِمِّيّاً، وعاقلتُه مسلمونَ، أو مِنْ أهل الحَرْب، فتكون الدية في ماله، فإن عفا عنها، فهي وصيةٌ للقَاتِل، وفيه الخلاف.

واعلم، أن الصور الثلاث أوردَهَا المزنيُّ، وحكَىٰ فيها عن النصِّ ما استشهد به لاختياره القول الذاهِب إلى إبْطَال الوصية للقاتل، فقال قائلون من الأصحاب: أجابَ الشافعيُّ ـ رضي الله عنه ـ فيها على أَحَد القولَيْن، وليس مِنْ شَرْط القولَيْن أن يُذْكَرَا في جميع المواضع.

وقال القاضي الطبريُّ وغيره: الاقتصارُ في بعْض المسائل على أحد القولَيْن اختيارٌ منْه لذلك القَوْل، كما ذهب إليه المزنيُّ.

الرابعة: إذا جنى جنايةً توجب القصاصَ، لو اندملت كقَطْع اليد والأصبع، فعفا المجنيُّ عليه على الدية، ثم سرَتْ إلى النفس، لم يجب قصاص النفس، وفيه الوجه المنسوب إلى أبي الطيِّب بن سلمة على ما مَرَّ ولو جنَىٰ بما لا قصاص فيه كالجائفة، وكسر الذراع، فأخذ المجنيُّ عليه الأرْشَ، ثم سرت الجنايةُ إلى النفس، فقد قال الإمام: يحتمل أن يقَالَ: لا يجب القصاصُ؛ لأن الجائفةَ، وإن لم يكُنْ فيها قصاصٌ، فهي سبيلُ القصاص، وأخْذ بالعفو الأرش يُشْعِر فيما يوجب القصاص، والمنقول المشهور أنَّه يجبُ القصاصُ؛ لأنَّ الجناية لم تتولَّد عن معفوٍّ عنه، فإن عفا الوليُّ، أخذ الباقي من الديةَ، ولو كان المجنيُّ، قد قال ـ والصورةُ هذه ـ: عفَوْتُ عن القصاصِ، فهو لغْو؛ لأن هذه الجناية لا قصاصَ فيها، ولو عفا المجنيُّ عليه عن قطع اليد ونحوه؛ على الدية، ثم عاد الجاني، فحز رقبته[1]، نُظِر؛ إن حزَّ بعد الاندمال، فعليه القصاص

---

(١) فهم منه أن التصوير فيما إذا وقع الحز بعد جناية توجب القصاص فأما إذا جرح جرحاً لا قصاص فيه كالجائفة وأخذ الأرش ثم حز الرقبة بعده. قال في البسيط: سقط القصاص قطعاً لأن أخذه لم يكن عفواً عن قصاص بل كان لامتناع القصاص أصلاً. قال: وهذا سلمه العراقيون أيضاً لا ينفك عن أدنى احتمال على مساق كلامهم لا سيما إذا كان الموت بسراية الجائفة التي أخذ الأرش عنها. قال صاحب الوافي: وكأنه يشير إلى أنه وإن لم يكن صريح العفو عن القصاص في أخذ أرش الجائفة إلا أنه ينزل منزلة العفو من حيث إنه لم يبق الجرح مضموناً بعد إحداث فأشبه العفو عنه.

في النَّفس، ودية اليد، فإنْ عفا الوليُّ عن القصاص، أخذ دية النفس ودية اليد، وإنْ حزَّ قبل الاندمال، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا قصاص علَيْه؛ لأنه عفا عن بعْض النَّفْس، وإذا سقط القصَاص في البعْض، سقَط في الكلِّ، ولأن حَزَّ الرقبة بعْد قطْع اليد كسراية الجراحة؛ ألا ترى أن دية اليد تَدْخُل في النفس على التقْديرين، ولو سَرَى القطع، لَمَا وجَب القصاص على الصَّحيح، فكذلك إذا حَزَّ، وعلَىٰ هذا، فله الباقي من الدِّيَة.

وأصحُهما: أنَّه يجب القصاص؛ لأن الزهُوقَ حصَل بجناية مستحَقَّة، ولم يتولَّد عن الجنايةِ المعفُوِّ عنها؛ وعلَىٰ هذا، فلو عفا عن القصاص، فوجهان:

أصحهما: أنه يأْخُذ الباقي من الديةِ، والأطرافُ تدخل في النفس في الدِّية، وإن لم تَدْخُل في القصاص.

والثاني: وبه قال ابن سُرَيْج والإصطخري: أنه يأخُذ ديةً كاملةً، بناه على أصلهما في أنَّ مَنْ قطَع يد رجُل، ثم عاد، وقتَله، وعفا، يلزمه دية النفْس ودية اليد، ولا تتداخل، ولو قطع يدَيْه ورجلَيْه، ثم عاد، فقتله، تلزمُه ديتان مع القصاص وقوله في الكتاب: «ويسقط القصاص عن السراية في المستقبل» حمل على السراية إلى النفس وقوله: «ولا تسقط الدية عن السراية» على ما إذا سَرَىٰ إلى بعض الأعضاء، فاندمل.

وقوله: «فإن سرى إلى النفس» عود إلى الصورة الأُولَىٰ، وهي السراية إلى النفس. ذكر حكمهما قصاصاً، ثم عاد إلَيْها؛ ليذكر حُكْم الدية، فهذه التنزيلاَتُ توافِقُ كلامه في «الوسيط».

وقوله: «ولو سرى القطْع، لَمَا وجب» توجيه أضْعف القولَيْن، والمعْنىٰ أن الحزَّ كالسراية، ولو سرى القطْع، لم يجبِ القصاصُ، فكذلك لا يجبُ عنْد الحَزِّ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّانِيَةُ: عَفْوُ الوَارِثِ صَحِيحٌ، وَإِنِ اسْتَحَقَّ الطَّرَفَ وَالنَّفْسَ فَعَفْوُهُ عَنْ أَحَدِهِمَا لاَ يُسْقِطُ الآخَرَ، وَلَوْ قَطَعَ طَرَفَهُ فَمَاتَ فَالوَلِيُّ يَسْتَحِقُّ قَطْعَ طَرَفِهِ وَحَزَّ رَقَبَتِهِ، فَإِنْ عَفَا عَنِ الطَّرَفِ فَفِي سُقُوطِ حَزِّ الرَّقَبَةِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: كانتِ الحالةُ الثانيةُ في عفْو المجنيِّ علَيْه نفْسه قبل السراية، وهذه في عَفْو الوارث بعْد موت المجنيِّ عليه، واستقرار الجناية، ولا تخفَىٰ صحَّتُه، وإذا استحقَّ على الجاني قصاصَ النَّفْس وقصاص الطَّرَف، نُظِرَ؛ إن كان مستحِقُّ هنا غيْرَ مستحِقِّ ذاك، فلا شك في أنَّ عفو أحدهما لا يُسْقِط حقَّ الآخر، ومن صُوَرِهِ أن يَقْطَع عبْدٌ يدَ عبْدٍ، فيعتق المجنيُّ عليه، ثم يَسْرِي القطْع إلى نفْسه، فالقصاصُ في الطَّرَف للسَّيد، وفي النفس لورثته الأحْرار، وإن استحقَّهما واحدٌ، فلو عفا عن النفْس، وأراد

القصاصَ في الطَّرَف، فله ذلك؛ لأنهما حقَّان ثبتا له، فالعفو عن أحدهما لا يُسْقِط الآخَر، كما لو كان الاسْتحقاقُ لشخصَيْن. وفي «الوسيط» حكايةُ وجه: أنه إذا عفا عن النَّفْس، فقد التزم بقَاء الأطْراف، فيسقط فصاحبُ الطَّرَف، ولم ينقل الإمامُ في هذه الصورة خلافاً، وإنما حَكَىٰ في عكْسِه، وهو ما إذا عفَا عنْ قصاص الطَّرَف وجهَيْن عن رواية صَاحِب «التقريب».

أحدهما: وهو المذكور في الكتاب: أنه لا يَسْقُطَ فصاحب قصاص النفس؛ لِمَا مَرَّ.

والثاني: يسقط، لأن العفْو عن الطرَف ضامنٌ لسلامته، وفي قصاص النفس إتلافُ الطَّرَف. قال: ولم يُحْكِ صاحبُ «التقريب» خلافاً في أن العفو عن قصاص النفس يُسْقِط قصاص الطَّرَف، وإن كان القَطْع قد يَسْرِي، واللَّه أعلمُ بسبب اضطراب روايتهما.

ولو استحقَّ قصاص النَّفْس بقَطْع الطرَف؛ بأن كان الجانِي قد قطَع يد المجنيِّ عليه، ومات بالسراية، ثم عفا الوليُّ عن قصاص النفْس، فليس له قطْع الطَّرَف؛ لأن المستَحقَّ هو القتْلُ، والقطع طريقُه، وقد عفا عن المستَحقِّ، وإن عفا عن القَطْع، فهل له حَزُّ رقبته فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه استحقَّ القتل بالطريق السَّارِي، وقد تركه.

وأقواهما: نعم؛ لأنه يتمكَّن من العدول إلى حَزِّ الرقبة على ما سَبَق، فلعلَّه قصد ذلك، وأيضاً، فله أن يقطع يدَه، ثم يحزَّ رقبته، ففي العفو عن القطْع تسهيلُ الأمر عليه، وترك لإيلام القطع، ولو قَطَع يده ثم حزَّ رقبته قبل الاندمال، فعفو الوليِّ عن القطْع لا يُسْقِط حز الرقبة، وكذا عفْوُه عن قصاص النفس لا يسقط القَطْع، لأن الزهوق حصَلَ بجناية مستحَقَّة، وهما حقَّان مقصودانِ في نفسهما، ليس الأول طريقاً للثاني.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الرَّابِعَةُ العَفْوُ بَعْدَ المُبَاشَرَةِ سَبَبُ الاسْتِيفَاءِ كَمَا إِذَا قَطَعَ يَدَ مَنْ عَلَيْهِ القِصَاصُ ثُمَّ عَفَا عَنِ النَّفْسِ فَإِنِ انْدَمَلَ صَحَّ العَفْوُ وَلَمْ يُضْمَنِ الطَّرَفَ، وَإِنْ سَرَىٰ بَانَ أَنَّ العَفْوَ بَاطِلٌ، وَكَذَا إِذَا عَفَا بَعْدَ الرَّمْيِ وَقَبْلَ الإِصَابَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا قتل رجلاً بالقطع الساري، فقطعه الوليُّ، ثم عفا عن النفس مجاناً، فإن سَرَى القطع، بان بطلان العفو، وإن وَقف، صحَّ العفو، ولم يلزمه بقطع اليد [شيء] وكذلك، لو كان قد قَتَله بغَيْر القطع، وقطع الوليُّ يده متعدياً، ثم عفا عنه، لا ضمان عليه.

وقال أبو حنيفة: إذا عفا؛ فعَلَيْه دية اليد.

وقال أحمد: عليه ديتها، عفا أو لم يَعْفُ.

وقال مالك: يلزمه القِصَاص في اليد.

لنا: أنه قطَع يَدَ مَنْ يباح له دمه، فلا يلزمه القصاص، وإلا الضمان كما لو قَطَع يد مرتدٍّ، والعفو إنما يؤثِّر فيما بقي لا فيما ٱسْتُوفِيَ، ولو رمى الوليُّ إلى الجاني، ثم عفا عنه قبل الإصابة، ففي نفوذه وجهان نقَلها الإمام:

أحدهما: أنه لا ينفُذُ؛ لخروج الأمر عن اختياره.

وأظهرهما: وهو المذكور في الكتاب: أنه كقطْع اليد، فإن لم يُصبْه السهْم، فالعفو صحيحٌ مقيِّد، وإن أصابه، وقتله، بان أن العَفْو باطلٌ، وفي وجوب الدية على العافِي وجهان سبَقَ ذكرهما في فصْل تغيُّر الحال بين الجرْح والموت.

والأصحُّ، عند صاحب التهذيب، ويُحْكَىٰ عن القفَّال: أنه يلزمه الدية؛ لأنه محقُون الدمِ عند الإصابة، وليُعلَمْ؛ لما حكَيْنا قوله في الكتاب: «ولم [يُضْمَن][1] الطرف» بالحَاء والميم والألف.

وقوله: «وكذلك إذا عفا بعد الرمْي وقبل الإصابة» بالواو.

فَرْعٌ: إذا قطع ذميٌّ يدَ مُسْلِم فاقتص منه أو يدَ ذميٍّ، فاقتص منه، وأسلم، ثم ماتَ المجْرُوحُ بالسراية فللوليِّ القصاصُ في النفس، فإن عفا على المال، فوجهان:

أحدهما: أن له نصْفَ الدية؛ لأن اليد نصْف الجملة، وقد استوفاها، فإذا استُوفيتْ يد الذميِّ بيد المسلم، لم يجب شيء آخر.

وأظهرهما: أن له خمسة أسداس دية مسلم، ويَسْقُط سدسُها باليد التي استوفاها، لأنها نصف جملة الذميِّ التي هي ثُلُث جملة المُسْلم فيما يرجع إلى الدية، ولو قَطَع الذميُّ يدَ المُسْلم، فاقتص منه، ومات المُسْلِم بالسراية، فعفا الوليُّ، فعلى الوجه الأوَّل لا شيْء له، لأنه استوفَىٰ يدَ الجاني، واليدان مساويتان للنفس، وإذا قوبلت نفْس الذميِّ بيد المسلم، لم يجب شيء آخر، وعلى الأظهر: له ثلثا الدية؛ لأنه استوفَىٰ ما يقابل ثُلثَ دية المسلم، ولو قطَعَت امرأةٌ يدَ رَجُل، فاقتص منْها، ثم مات الرجُل بالسراية، وعفا الوليُّ فعلَىٰ الوجه الأول: له نصْف الدية؛ لأن يدها تُقَابل يَدَ الرجل عند الاقتصاص، وعلى الأظهر: له ثلاثة أرباع الدية؛ لأنه استوفى ما يقابل ربع دية الرَّجُل، ولو قطَعَتْ المرأة يد الرجُلِ، فاقتص معها، ثم مات المجنيُّ عليه بالسراية وعفا الوليُّ، فلا شيء له على الوجه الأول، ويجبُ نصْف الدية على الوجه الثاني، ولو قَطَع عبْدٌ يدَ

---

(١) في ز: يعتمد.

حرٌّ، فاقتص منه، ثم عَتَقَ العبْدُ، ومات المجنيُّ عليه بالسراية، ففي وجهٍ يسقط نصْف الدية، وعلى السيد الأقلُّ من نصْف دية الحرِّ وكمال قيمة العبد؛ لأنه صار مختاراً للفِدَاء، وفي وجه يسقُطُ من دية الحرِّ بقدر نصْف قيمة العبْد، وعلى السيد الأقلُّ من باقي الدِّيَة، وكمال قيمة العبد.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الخَامِسَةُ: إِذَا عَفَا المُوَكِّلُ فَحَزَّ الوَكِيلُ الرَّقَبَةَ غَافِلاً فَلاَ قِصَاصَ، وَفِي الدِّيَةِ وَالكَفَّارَةِ ثَلاَثَةُ أَقْوَالٍ تَجِبُ الكَفَّارَةُ فِي الثَّالِثِ دُونَ الدِّيَةِ، فَإِنْ أَوْجَبْنَا فَعَلَى الوَكِيلِ أَوْ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ فِيهِ قَوْلاَنِ، وَمَنِ الْتَزَمَهُ فَهَلْ يَرْجِعُ عَلَى العَافِي رُجُوعَ المَغْرُورِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ لِلعَافِي الرُّجُوعَ إِلَى دِيَةِ قَتِيلِهِ، وَقِيلَ إِنْ أَهْدَرْنَا دَمَ المَعْفُوِّ عَنْهُ وَكَانَ العَفْوُ لَمْ يَنْفِذْ فَلاَ دِيَةَ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: سَبَقَ في «كتابِ الوكالة» أن [التوكيل] باستيفاء القصاص في حضْرة المُوَكِّل جائزٌ، وكذا في غيبته على الأصحِّ، وحدُّ القذفِ كالقصاصِ، وسواءٌ جوَّزنا التوكيلَ به أو لم نجوِّز، فإذا وكَّل، واستوفَىٰ الوكيلُ، صار حقُّ الموكِّل مستوفًى، كما إذا وكَّل ببيع سلْعةٍ توكيلاً فاسداً، فباع الوكيلُ، يصح البيع.

إذا عُرِفَ ذلك، فلو وكَّل بالاستيفاء، وغاب أو تنحَّس الوكيلُ بالجاني، ليقتص منه، فعفا الموكِّل، نُظِر؛ إن لم يُدْر، أكان العفْو قبل القتل أو بعْده، فلا شيء على الوكيل، وإن عفا بعْد ما قَتَل الوكيل، فهو لَغْو، وإن عفا، ثم قَتَل الوكيل، فإن كان عالَماً بالعَفْو، فعَلَيْه القصاصُ، كما لو قتله غيره، وإن كان جاهلاً، فلا قصاص، وفرق بين ما إذا قَتَل مَنْ عهده مرتدّاً أو حربيّاً، فبان أنه قد أسْلَمَ حيث يجب القصاص على أحد القولَيْن؛ بأن القاتل هناك مقصِّر؛ لأن المرتدَّ لا يُخلَىٰ بقي على الردَّة، والحربيُّ لا يجترىء على دخول دار الإسلام بلا أمان، فكان من حقه التثبت، والوكيل معذورٌ ها هنا بَانٍ على ما يجوز البناء علَيْه، وفي «السلسلة» للشيخ أبي محمَّد: أن في وجوب القصاصِ ها هنا قولاً مخرجاً من «مسألة المُرْتدِّ» والصحيح الأول، فإن ادَّعَىٰ على الوكيلَ العلْم بالعفْو، وأنكر، صُدِّق بيمينه، فإن نكَل حلَف الوارثُ، واستحق القصاصَ، وأما الديةُ، ففي وجوبها قولان:

أحدهما: لا يجب؛ لأنه عفا بعْد خروج الأمر من يده، فوقع لغواً؛ ولأن القتل يُبَاح له في الظاهر، فلا يَتَّجه التضمين به.

وأصحُّهما: وهو اختيار المزنيِّ: أنها تجبُ؛ لأنه بان أنه قتَلَه بغير حقٍّ؛ ولأنه لو علم العفْو، وقتله، وجَب عليه القصاصُ، فإذا جهله، تجب الدية، كما لو قتل مَنْ ظنَّه مرتدّاً، فبان رجوعُه إلى الإسلام، واختلفوا في حال هذين القولين، فقال قائلُونَ: هما

مبنيَّان على أنَّ الوكيل، هل ينعزِلُ قبل بلوغ خبر العَزْل إليه، فإن قلْنا: لا ينعزل، فالوكيل ها هنا قتل بحق، فلا تجب ديةٌ، وإن قلنا: ينعزل، فقد قتل بغير حق، فتجب الدية، وهذا ما أورده ابن الصبَّاغ والصيدلانيُّ وغيرهما، وأنكر الشيخُ أبو محمَّد هذا البناء، وساعدَه الإمام، وقال الوكيل: وإن قلْنا: [إنه] لا ينعزل قبل بلوغ الخبر إليه، فينعزل إذا تصرَّف الموكِّل بما يتضمن انعزاله، ألا تَرَىٰ أنه إذا وكَّل إنساناً يبيع عبده، ثم أعتقه، ينفذ العتق، وينعزل الوكيل، ويكون بيعه بعد إعتاق الموكّل مردوداً لا محالة، وبناهما آخرون على الخلافِ فيما إذا قتَلَ في صفِّ المشركين من حسبه كافراً، فبان أنه كان مسلماً أسيراً، ووجه المشابهة أن الوكيل ها هنا قَتَل علَىٰ ظن بقاء القصاصِ، وهو ظاهرُ الحالِ، كما أن القتل هناك مبنيٌّ على ظنٍّ ظاهرٍ، وهو كون الواقفِ في صفِّ الكفار كافراً، وعن الشيخ أبي محمَّد وغيره أن القولَيْنِ متأصِّلان غير مبنيين على شيْء، ولو عزَلَه، ولم يعْلَم الوكيل بالعزل، وقتَله، ففي الدية القولان أيضاً، وإذا قلْنا بوجوب الدية، فلا يخفَىٰ وجوب الكفارة، وإن لم نوجِبِ الدية، ففي الكفارة وجهان.

أصحُّهما: على ما ذكر جماعة من المعتَبَرين: الوجوب، وبه قال المزنيُّ، ويُنْسَب المنْعُ إلى ظاهر النصِّ، وهو مستمرٌّ على قولنا: إنه لا ينعزل قبل بلوغ الخبر، وإذا جمع بين الكفارة والدية، حصَلَتْ ثلاثة أوجهٍ أو أقوالٍ، كما ذكر في الكتاب.

ثالثُها: وجوب الكفارة دون الدية.

التفريعُ: إن أوجبنا الديةَ، فهي مغلَّظة؛ لأن القتل عمْدٌ أو شبْه عَمْدٍ، وعن رواية أبي الحُسَيْن بن القطَّان قولٌ أنها تجب مخففةً، وعلى هذا، فهيَ على العاقلة، وعلى الصحيح؛ تكون على الوكيل أو على عاقلته؟ فيه وجهان:

أحدُهما: وبه قال ابن أبي هريرةَ: أنها على العاقِلة؛ لأنه قتل جاهلاً بالحال، فكان كالمخطِىء.

وأصحُّهما: وبه قال أبو إسحاق: أنها على الوكيل؛ لأنه متعمِّد وإنما سقَطَ القصاص للشُّبْهة، وحَكَى الإمام وجهَيْن على قولنا: إنها على الجاني؛ أنَّها تكون حالَّة أو مؤجلة[1]، ثم الدِّيَة الواجبةُ بقتل الوكيل، لورثة الجاني لا تعلُّق بها، للموكل بخلاف ما إذا ثبَتَ القصاص لا تبنين، وبادر أحدُهما، وقَتَله، يجبُ عليه نصف الدية للآخر في أحد القولَيْن، وفَرَق بينهما بأن القاتل هنَاك أتلَفَ حقَّ أخيه، فتعلَّق [الأخ] ببدله، والوكيلُ ها هنا قتَل بعْد سقوط حقِّ الموكِّل، ونقل القاضي ابن كج أن بعض الأصحاب جعَلَه على الخلاف في الابنين، وإذا غُرِّم الوكيلُ أو عاقلته الديةَ، فهل يرجع من غرم على العافِي؟ فيه طريقان:

---

(١) قال النووي: أصحهما: حالة.

أحدهما: ويُحكَىٰ عن ابن سُرَيْج: إن فيه قولين كما إذا قَدَّمَ الغاصبُ الطعامَ المغْصُوب إلى غيره، فأكَلَه في قرارِ الضَّمَان عليه قولان.

والثاني: القطع بأن لا رجوع عليه(١) لأنَّه محسنٌ بالعفوْ غير ملبس بخلاف التصرُّف في الطعام المغْصُوب.

والظاهرُ المنع، وإن ثبت الخلافُ، وخصَّص بعضُهم الخلافَ في الرجوع بالدية، إذا غرَّمْناها للوكيل، وقَطَع فيما إذا غرَّمناها العاقلة؛ أنهم لا يرجِعُون بها، وإذا قلْنا بالرجوع بها، فهل لوليِّ الجاني أن يأخُذ الدية ابتداءً من العافِي؟ حكَىٰ الشيخ أبو محمَّد [فيه] وجهين، [وفي الرجوع بالكفارة وجهان](٢) والأصح المنع، كما لا تُضْرب الكفَّارة على العاقلة، بخلاف الدية، وهل للموكِّل العافي دية قتيله، يُنْظر؛ إن عفا مجَّاناً أو عفا مطلقاً، وقلْنا: مُطْلَق العفْو لا يوجب الديةَ، فلا شيْء له، وإن عفا على المال أو مطْلقاً، وقلْنا: إنه يوجب الدية، فله الديةُ في تركة الجانِي مغلَّظة، إن أوجبنا بقتل الوكيل الديةَ، وإن لم نوجبْ، وأهْدَرْنا دَمَ الجانِي، فلا ديةَ للموكِّل بخروج العفْو على هذا التقدير عن الإفادة، ووقوعه لغواً، هكذا رتَّب جماعة.

وقال الإمام: الوجه أن يُقَال: إنْ قلنا: يقع القتْل قصاصاً، ولا ينفذ العفْو من غير علْم الوكيل، فلا دية للموكّل، وإن نفذنا العفْو، ونزَّلنا ما وجد من الوكيل منزلةَ قتل الأسير في صفِّ الكفار، فله الدية، وكأن الجاني مات حتف أنفه، وفي سياق [الكتاب](٣) ما يشير إلى ما ذَكَره الإمام، ونختمْ الكتابب فروع يتبع بعضُها بعضاً بلا ترتيب ولا تبويب.

إذا جنَىٰ عبد على حرٍّ جنايةً، تعلَّق الأرشُ برقبته، فاشترى المجنيُّ عليه العبْدَ من سيده بالأرش، فإن جهلاً أو أحدهما عدد الإبل الواجبة أرشاً أو أسنانها، لم يصحَّ الشراء، وإنْ عَلِمَا العددَ والسنَّ، ولم يبق إلا الجهل بأوصافِها، ففي صحة الشراء الوجهان أو القوْلان في أنه هل يجوز أن يُصَالَحَ المجنيُّ عليه عنْ إبل الدية على مالٍ، وقد ذكَرْناهما في «كتاب الصُّلْح»، وإن كانت الجناية موجِبةً للقصاص، فاشتراه بالأرش، فهو اختيار للمال وإسقاط للقصاص(٤)، وإذا اطلع المجنيَّ عليه بعد الشراء، حيث صحَّحناه على عيْب بالعبْد، فله الرد، وقد يقال: إذا لم يكن للمجنيِّ عليه إلا

---

(١) سقط في: ز.
(٢) سقط من: أ.
(٣) في ز: الكلام.
(٤) أطلق صحة الشراء والقياس أن يكون كالحالة قبلها إن كانا جاهلين أو أحدهما بعدد الإبل وأسنانها لم يصح وإلا فالقولان، وبه صرح صاحب البيان.

الرقبةُ، فأيُّ فائدة في الردِّ؟ ويُجاب بأنه إذا ردَّ، فله مطالبة العبْد، إن عتق بما يفضُل عن قيمته على قَوْل، وأيضاً، فحق الردِّ ولاية شرعية، لا يبنى على مثل هذه الأعراض[١]، ثم إذا ردَّ، يبقى الأرش متعلقاً بالرقبة، ولا يكون السيِّدُ مختاراً للفداء، فإنه يستَبْقِهِ لنفسه، وله الخيارُ بين أن يفيده وبين أن يسلمه للبيع، ولو اشتراه بمال غَيْر الأرش، صحَّ، ولم يسْقُط القصاص، ولو صالَحَ عن القَوَد على مالٍ، جاز، وإن كانتِ الديةُ مجهولةً، فإن تلف عين المال المُصَالَحِ عليه أو استحقَّت أو ردَّها بعَيْب، فلا رجوع إلى القصاص، ويرجع بقيمة العَيْن أو بضمان الجناية؟ فيه قولان؛ بناءً على أنَّ بَدَل الصُّلْح عن الدَّم مضمون ضمان العقد أو ضمان اليد، وقد ذكَرْنا ذلك في البَيْع، وإذا قلْنا: يرجع بضِمان الجناية، فهو على السيد؛ لاختياره الفداء، ببذل المال، ويجبُ علَيْه أرْش الجناية بالغاً ما بلغ أو الأقل من قيمة العبْد، وأرش الجناية فيه قولان مذْكوران في مَوْضِعِهما، ولو كانت الجنايةُ موجِبةً للمال الأقل وصالَح عن الإبل علَى مال، ففي صحته الخلافُ، فإن صححْناه، فلو هلك المَصَالِحُ عليه، قبل القبض أو خرج مستحقاً، أو ردَّه بعيب، فالرجوع إلى الأَرْش، بلا خلاف؛ لأن الصلح ها هنا عن المال، ويكون السيد مختاراً للفداء، ويلزمُهُ الأرْش أم الأقلُّ؟ فيه القولان.

ولو جَنَىٰ حُرٌّ على حُرٍّ جنايةً تُوجِبَ القصاصَ، فصالحه المجنيُّ عليه على عيْن عبد أو ثوْب، جاز، وإن لم تكنِ الديةُ معلومةً لهما، فإن تلِفَت العين قبْل القبض، أو ردَّها بعيب أو خرَجَت مستحقَّةً، فلا رجوع إلى القصاص، وبم يرجع؟ بقيمة العَيْن أو بأرش الجناية؟ يُبْنَىٰ على أنَّ بدل الصُّلح عن الدم مضمونٌ ضمانَ العقْد أو ضمان اليد، وإن كانتِ الجناية موجبةً للدية، فصالح عنها على عَيْنٍ أو اشترَىٰ بها عيناً إما من العاقلة في الخطأ أو من الجانِي في العَمْد، فيُنْظَر، أعلما عدَدَ الدية وأسنانها، أم لم يعلما، ويكون الحُكْم على ما بيَّنَّا، وإذا صحَّ، فلو تَلِفَ المصالَحُ عليه، أو ردَّه بالعيب، فالرجوع إلى الأرش قولاً واحداً؛ لأنَّه يمكن الرجُوع إلى المُصَالح عنه، [لأنه مالٌ، وفي الصلْح عن القصاص لا يمكن الرجوع إلى المُصَالح عنه][٢] ولو جنَتِ امرأةٌ على إنسان، فتزوَّجها المجنيُّ عليه على القصاص الثابتِ عليها أو قتلت إنساناً فتزوَّجها وارثه على القصاص، جازَ، وسقط القصاص، وإن طلَّقها قبل الدخول، فيرجع بنصْف أرش الجناية أو بنصْف مهْر المثل؟ فيه قولان:

أصحُّهما: على ما ذكَر صاحب «التهذيب»: الأوَّل، وإن كانتِ الجنايةُ موجبةً للمال، فنكَحَها على الأَرْش، صحَّ النكاح، وفي صحَّة الصَّدَاق ما سبقَ في جواز

---

(١) في ز: الأغراض.

(٢) سقط من: أ.

الاعتياض عن إبل الدية. [إذا أوجبت الجناية مالاً معلومَ القَدْر والوصف، كما إذا أتلف مالاً أو قتل عبداً أو وجبَت القيمة] فإذا زَجَرَتْ مُصَالَحَةُ المجنيِّ عليه على عيْنٍ، وهما يعلَمان الواجبَ، صحَّ الصلْح بلا خلاف، وإذا فرض تلَفٌ قبل القبض أو رَدَّت بالعيب، فالرجوع إلى الأرش بلا خلاف، وإن كان الجاني، والحالةُ هذه، عبداً فيكون السيد مختاراً للفداء، فإن صالح على رقبته، ثم وجد به عيْباً، فردَّه فلا يكون مختاراً بل الأرشُ في رقبته، كما كان، حتَّىٰ لو مات سقَط حقُّ المجنيِّ عليه.

إذا قطع يدَيْ إنسانٍ ورجلَيْه، فمات، فقطَع الوليُّ يد الجاني، وعفا عن الباقي على الدية، لم يكن له الدية لأنه استوفَىٰ ما يقابلها، ولو عفا على غَيْر جنسها، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجب، كما لا تجب الدية.

والثاني: يجب، ويكون عِوَضاً عن القصاص الذي تركه، ولو قطع إحدَىٰ يديه، وعفا عن الباقي على الدية، لم يكن له إلا نصْف الدية؛ لأنه استوفَىٰ ما يقابِل نصْفَ الدية، وقدْ مرَّت هذه الصورة أو نحوها.

نقل القاضي الرويانيُّ. عن والده: أنه قال: لو قتل مسلمٌ ذمياً، فقتل وليُّ الذميِّ القاتلَ بغيْر حكْم الحاكم، فعليه القصاصُ بخلاف الوطء في النكاح لا يوجب الحدَّ؛ لأن القصاص لا يُستوفَىٰ إلا بإذن الحَاكِم، وإن كان متفقاً على وجوبه، ومن يبيح الوطء في النكاح لا يعتبر فيه إذناً.

وأنه لو أكره غيره على أن يَرْمِيَ إلى صيْدٍ، فرمى، [فأصاب] آدمياً، وقتله فهما قاتلان خطأً، فعلى كلٍّ واحد منهما كفارةٌ، وعلى عاقلة كلِّ واحدٍ منهما نصفُ الدية، وهل على العاقلة المكْره الرجوعُ بما يغرّمون على المُكْره؟ يحتمل أن يقال: لا يرجِعُون، وإن كان متعدياً، وهو الذي أوقَعَهم فيه، كما لا يرجِعُون على القاتل في شبه العمْد، قال: ويحتمل أن يقال: لا شيْء، على المكْره وعاقلته، لأن الذي فعله المُكْره غير ما حمله المكره عليه.

قطع يدَيْ رجُلٍ عمْداً، فمات منهما، فقطع الوارثُ إحْدَىٰ يدَي الجاني، فمات قبل أن يقْطع الأخرى، لم يكن للوليِّ أن يأخذ دية الأخرَىٰ؛ لأن كلَّ واحدٍ من قطْع الجاني وقطع الوليِّ، قد صار قتْلاً، وإذا سَرَتِ [الجراحة][1] إلى النفْس، سقط حُكْمُ الأطراف، وقد صارت النفْس مستوفاةً بالنفس [وقد قتله فصار كحز الرقبة]، ولو لم

---

(١) في أ: الجناية.

يمتِ المجنيُّ عليه، واندمل قطْع يده، فقطع المجنيُّ عليه إحدَىٰ يدَي الجاني، فمات، فله أن يأخُذ دية اليدِ الأُخرَىٰ؛ لأنه استحقَّ قصاصها، وقد فات القصاصُ بما لا ضمان عليه فيه؛ فأشبه ما إذا سقَطَتْ بآفة.

لو قَطَعَ إحْدَىٰ يدي الجاني، وعفا عن الأخرى على ديتها، وقبضها، ثم انتقضتْ جراحة المجنيِّ عليه، ومات بها، فلا قصاص لورثته؛ لأنه مات من جراحتين؛ إحداهما معفوٌّ عنها، ولا شيء لهم من الدية، لأنه قد استوفَىٰ نصف الدية، واليد المقابلة بالنصْف.

عن ابن اللَّبَّان: رجل تحته امرأةٌ، ولهما ابنان، زيدٌ وَعَمْروٌ، قتل أحدُهما الأبَ والآخرُ الأمَّ، ولم يدر قاتل الأب أيهما، وقاتل الأم أيهما، فإن قُتِلَتِ الأم أولاً، فعلى تقدير أن يكونِ زيدٌ قاتلَها فللزوْج رُبْع المال، وباقيها لعَمْروٍ، فإذا قتل عمروٌ الأب، ورثَ زيد جميعَ مالِ الأبِ، وورثَ ربْعَ القصاص، وربْعَ مال الأم اللَّذَيْنِ استحقَّهما الأب، فيسقط عنه القصاصُ، ويثبت له على عَمْرٍو قصاصُ الأبِ أو جميعُ ديته؟ وعلى تقدير أن يكون عمرٌو قاتلَ الأم ينعكس الأمرُ، ويسقط القصاص عن عمْرٍو، وله على زيْدٍ القصاصُ أو جميعُ الدية، فيُدْفَعُ إلى كلِّ واحد منهما ربع مال الأمِّ؛ لأنه يستحقُّه بيقينٍ، ويوقَفُ نصْف مالها حتى يُعْلَمَ قاتلُ الأبِ منهما، فيُدْفَع إليه، ويوقف جميع مال [الأب][1] حتى يُعْرَف قاتل الأمِّ، فيدفع إليه، ثم يكون لقاتل الأبِ على قاتل الأم [ثلاثةُ أرباعِ دية الأمِّ، ولقاتل الأمِّ على قاتِلِ الأَبِ][2] القصاصُ على دية الأبِ؟ فإن تقاصَّا، بَقِيَ لقاتلِ الأمِّ خمسةُ أثمان دية الأَبِ، وإن قُتِلَ الأبُ أولاً، فيُصْرَف إلى كلِّ واحدٍ منهما ثمَنُ مال الأبِ، ويوقَف الباقِي حتَّى يُعْلَم قاتل الأم منهما، فيُدْفَع إليه، ويوقَفُ جميع مال الأمِّ، حتى يُعْرَف قاتل الأب، فيُدْفَع إليه، ولو قَتَلَ أحدُهما الأبَ، والآخر الأمَّ كما صوَّرنا، وللأبوين ابنٌ ثالثٌ، فيُصْرَف إلى كلِّ واحدٍ من القاتلَيْنِ نصفُ ثمن مالِ الأبِ، وإلى الثالثِ نصْفُ ماله، ويوقَفُ ثلاثة أثمانه؛ ليظهر قاتل الأم، فيُصْرَف إليه، [ويصرف إلى الثالث أيضاً نصْفُ مال الأمِّ، ويوقف نصْفُه؛ ليظهر قاتل الأب، فيُصْرَفُ إليه،][3] وللثالث على قاتل الأبِ نصْفُ دية الأب، ويجوز أن يَدْفَع إليه ذلك من نصْف مالِ الأمِّ الموقوفِ له، وله على قاتِلِ الأمِّ، إن عفا عن القصاص نصْفُ دية الأم، ويجوز أن يَدْفَع إليه ثلاثة أثمان مالِ الأب الموقُوف له، ووُجِّه بأن الحاكِمَ يَعْلَم ثبوت حقِّ الثالث على صاحب المالِ الموقوف، وإن لم يعرْفه بعينه، [فهو] كغائب وجَبَ عليه حقٌّ يباع ماله فيه.

---

(١) في أ: الأم.
(٢) سقط من: ز.
(٣) سقط من: ز.

يجوز للمكره على إتلاف المال إتلافه وله ولصاحب المالِ دفْعُ المكرِهِ [بما أمكنهما، وليس لصاحِبِ المال دفع المُكْرِه][1] بل عليه أن يقي رُوحَهُ بمالِهِ، كما يناول المضْطَرُّ طعامه.

عن فتاوى صاحب «التهذيب»: أن الموكَّل باستيفاء القصاصِ إذا قال: قتلتُه بشهْوة نَفْسِي لا عن جهة الموكِّل، يلزمه القصاص، وينتقل حقُّ الوارث إلى التركة.

وأنه إذا قتل أحدَ عَبْدِي الرجل العَبْد الآخر، فللسيِّد أن يقتص، وأن يعْفُوَ، ولا يثبت له مالٌ على عبْده، فإن أعتقه، لم يسقُطِ القصاص، ولو عفا بعْد العتْق مطلقاً، لم يثبت المال؛ لأن القتل لم يثبته، ولا يخرج على أن العفو المُطْلَق، هل يوجِبُ المال، وإن عفا بعْد العتْق على المال ثبت المال، وأنه لو قطَع يدَيْ إنسانٍ إحداهما عمْداً، والأخْرَىٰ خطأً، فمات منهما، لا يجب القصاص في النفْس، ويجب نصْف [ديتها] في مال الجاني، ونصْفُها على العاقلة، فإن استوفَىٰ الوليُّ قصاصَ اليد المقطوعة عمْداً، فمات الجاني منه، يكون مستوفياً لحقِّه، ولا يبقى له الدية على العاقلة، كما لو قَتَل مَنْ له عليه القصاصُ خطأً يكون مستوفياً لحقه وأنَّه إذا وجَب القصاصُ على مرتدٍّ، فقتله الوليُّ عن جهة الردةِ، نُظِر؛ إن كان وليُّ القصاص هو الإمام، فله الدية في تركة المرتدِّ؛ لأن للإمام قتْلَهُ عن الجهتَيْن، وإن كان الوليُّ غير الإمام، وقع قتله عن القصاص ولا دية له؛ لأن غير الإمام لا يَمْلِك قتله عن جهة الردَّة.

[قال: وكذلك لو اشترى عبداً مرتدّاً، وقتله المشتري قبل القبض عن الردَّة، ينفسخ العقْد، إن كان المشتري الإمامَ، وإن كان المشترِي غيْرَه، صار قابضاً، كما لو قتله ظُلماً محضاً.

وأنه لو ضرَبَ زوجتَهُ بالسَّوْط عشْرَ ضربات فصاعداً على التوالي، فماتت، نُظِر؛ إن قصد في الابتداء العدَدَ المُهْلِك، وجب القصاص، وإن قَصَد تأديبَها بسوطَيْن أو ثلاثة ثم بدا له فجاوز لم يجب لأنه اختلط العمد بشبه العمد فإن اقتصر على سوطين أو ثلاثة فماتَت لا يجب القصاص، ويكون شبه عمدٍ وأنه لو ضرب سنه فزلزلها ثم سقطت بعْد ذلك، يجب القصاص، وكذا لو ضرَب على يده، فاضطربت أو تورمتْ، ثم سقَطَت بعْد أيام، وأنَّه لو أشكلَت الحادثةُ على الحاكم، وكان متوقِّفاً فروى إنسانٌ خبراً عن النبي ﷺ وقتل الحاكم به رَجُلاً، ثم رَجَعَ الراوي، وقال كذَبْتُ وتعمَّدتُ، ينبغي أن يجب القصاصُ كالشاهد إذا رجَع، والذي ذكره الإمامُ والقفَّال في الفتاوى: أنه لا يتعلَّق به القصاص بخِلاَف الشهادة والرجُوع عنهما، فإنها تتعلَّق بالواقعة، والخَبَرُ لا يتعلَّق بها

(١) سقط من: أ.

خاصَّة وفي فتاوَىٰ صاحب الكتاب: أنه لو اقتصد فمنَعَه رجل من أن يعصب العرق حتى مات، فعليه القصاصُ، وإن عصب، فجاء إنسان وحلَّه ومنَعَه من إعادة العصابة، فوجوب القصاص أظهر، وإذا قال المجْرُوحُ خطأً لجارحه: عَفوْتُ عنْك، هل يكون هذا العفْو عفواً عن العاقلة؟ قال الشيخ أبو محمَّد: فيه وجهان مبنيَّان على كيفية وجوبِ الدية، إن قلْنا تَجِبُ على العاقلة ابتداءً، فهو باطلٌ، وإن قلْنا: تجب على الجاني، والعاقلةُ يتحملون، فهو صحيحٌ وفي «التتمة»: أنه لو قتله بالدُّخَان بأن حبَسَه في البيْت، وسدَّ الباب والكوات حتى اجتمع الدخانُ، وضاق به النَفسُ، وجب عليه القصاص، وأنه لو رَمَىٰ إلى شخصَيْن أو جماعةٍ، وقصد إصابةَ واحدٍ منهم أي واحدٍ كان، [فأصاب] واحداً، ففي وجوب القصاص وجهان؛ لأنه لم يَقْصِد عينه وأن [حلمة] الرَّجُل تقطع بحلمة الرجُل، وكذا حلمة المَرْأة بحَلَمَةِ المرأة، والثدْيُ بالثدي، وفيما إذا لم يتدلَّ وجهٌ، لأنه لا يتميز عن لحْم الصدْر، وأن في قَطْع حلمة المرأة بحلمة الرجل وجهَيْن؛ بناءً على الخلاف في أن حلَمة الرجُل هل تكمل فيها الدية؟ وأن حَلَمَة الرجُل تُقْطَع بحلمة المرأةِ بلا خلاف، أما إذا كمَّلنا فيها الدية، فكسائر الأطراف، وأما إذا لم تَكْمُل، فلأن الناقصَ من الجنْس يُسْتوفَىٰ بالكامل، كما تُسْتوفَىٰ الشَّلاَّء بالصحيحة.

كِتَابُ الدِّيَاتِ[1]

قال الغَزَالِيُّ: وَالنَّظَرُ فِي أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ، الأَوَّلُ فِي الوَاجِبِ، وَفِيهِ بَابَانِ

البَابُ الأَوَّلُ فِي النَّفْسِ

وَدِيَةُ النَّفْسِ الكَامِلَةُ عِنْدَ الخطأ مَائَةٌ مِنَ الإِبِلِ مُخَمَّسَةً، عِشْرُونَ بِنْتَ مَخَاضٍ وَعِشْرُونَ بِنْتَ لَبُونٍ وَعِشْرُونَ ابْنُ لَبُونٍ وَعِشْرُونَ حِقَّةً وَعِشْرُونَ جَذَعَةً، ثُمَّ تَعْتَرِيهِ أَرْبَعُ مُغَلِّظَاتٍ، وَهِيَ الوُقُوعُ فِي حَرَمِ مَكَّةَ أَمَّا حَرَمُ المَدِينَةِ فَفِيهِ خِلَافٌ، أَوِ الوُقُوعُ فِي الأَشْهُرِ الحُرُمِ وَهِيَ ذُو القَعْدَةِ وَذُو الحِجَّةِ وَالمُحَرَّمُ وَرَجَبٌ، وَمُصَادَفَتُهُ ذَا رَحِمٍ مُحْرَمٍ، أَوْ كَوْنُهُ عَمْداً أَو شِبْهَ عَمْدٍ، وَلَوْ رَمَىٰ مِنَ الحَرَمِ إِلَى الحِلِّ أَوْ مِنَ الحِلِّ إِلى الحَرَمِ تُغَلَّظُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الدية بَدَلُ نفس الحر أو أطرافه، والجمع: دِيَات، ويقال: وَدَيْتُ القَتِيلَ، أَدِيهِ دية [إذا أَدَّيْتَ][2] ديته، فالدية اسمٌ للمال، ومَصْدَرٌ.

والإجماع منعقدٌ على تعلّق الدِّيَة بالقَتْلِ؛ قال الله تعالَىٰ: **﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِناً خَطأً**

---

(١) مفردها دية: وهي المال الواجب بجناية على الحر في نفس أو فيما دونها وأصلها ودية بوزن فعله والهاء بدل من فاء الكلمة التي هي واو إذ أصلها ودية مشتقة من الودي وهو دفع الدية كالعدة من الوعد، تقول أوديت القتيل أدية ودياً ودية: أي أديت ديته.
والأصل فيها كتاب الله عزَّ وجلَّ وسنة رسوله ﷺ. فأما الكتاب فقوله تعالى: **﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾** فدلت هذه الآية على إيجاب الدية في موضعين، وعلى إيجاب الكفارة في ثلاثة مواضع.
ومن السنة ما رواه الشافعي رحمه الله عن مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه أنه قال: كان في الكتاب الذي كتبه النبي ﷺ لعمرو بن حزم إلى أهل اليمن. وفي النفس مائة من الإبل.
فقد دل الكتاب والسنة على ذلك، والقتل على ثلاثة أضرب: عمد محض وخطأ محض وشبه عمد.
قال البندنيجي: وربما قيل عمد الخطأ وكلاهما واحد.

(٢) في أ: أديته.

﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾ [النساء: ٩٢]. وعن رسول الله ﷺ أنَّه كتب لعمرو [بن حزم][١] كتاباً إلى أهل اليمن فيه ذكر الفَرَائض والدِّيَات[٢]، والكتاب يشتمل على ذِكْر دِيَةِ الشخْص المستقل[٣]، ودية [الجنين][٤] ويحتاج في كلِّ واحدٍ من النوعَيْن إلى معرفة الواجب، والمُوجِب، والواجب عليه؛ إلا أن النَّظَر فيهما لا يطول في النَّوْع الثَّاني، فجَعَلَ النوع الثاني بأطرافه قِسماً عديلاً للأطراف الثَّلاثة من النوع الأول، وجَعَل نَظْم الكتاب في أربعة أقسام:

الأول: في الواجب، يَعْني من النوع الأوَّل، وفيه بابان:

الباب الأول: في بَدَلِ النَّفْسِ، ويتعلَّقُ بقتل الحُرِّ المُسْلم[٥] مائة من الإِبل، فعن أبِي بَكْرِ بن محمد بن عَمْرِو بن حَزْم عن أبيه عن جَدِّه ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أن رسول الله ﷺ: «كَتَبَ إلى أهلِ «اليمن» أنَّ في النَّفْسِ المُؤْمِنَةِ مَائَةً مِنَ الإِبِلِ»، وهذه المائة تجب إذا كان القتل خطأً مُخَمَّسَةً؛ عشْرُونَ منها بِنْتُ مَخَاض، وعشرون بنت لَبُون، وعشرونَ ابنُ لَبُونٍ، وعشرون حِقَّةٌ، وعشرون جَذَعة، وبه قال مالك، وأبدل[٦] أبو حنيفة ابني اللَّبُون بابني المَخَاض، وبه قال أحمد.

وعَنِ ابن المُنْذِرِ مثله، واحتج الأصحابُ بما روي عن ابن مسعود ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أن النبيَّ ﷺ قَضَىٰ في دية الخَطَأ بمائةٍ من الإِبل، وفصَّلَهَا على ما ذكرنا، ويُرْوَىٰ ذلك موقوفاً عن ابن مسعود، وعن سليمان بن يسار: أنهم كانُوا يَقُولُونَ: دِيَةُ الخَطَأ مَائَةٌ مِنَ

---

(١) سقط في ز. (٢) تقدم.

(٣) في ز: المستعمل. (٤) سقط في ز.

(٥) قال الأذرعي: كان ينبغي للشيخ المصنف أن يقول المضمون ليخرج ما سبق في قتل الزاني المحض وتارك الصلاة والصائل وقال الشيخ البلقيني في تصحيح المنهاج: محل إيجاب المائة في قتل الحر المسلم المضمون إذا لم يكن في قاتله رق، فإن كان رقيقاً أو مبعضاً لم يكن في قتل الحر المسلم حينئذ مائة من الإبل بل الواجب إذا قتله رقيق لغيره أقل الأمرين من قيمة الرقيق والدية على أظهر القولين، وكذا مكاتب غيره ومكاتب نفسه فإذا كانت القيمة أقل من الدية لم تجب الدية.

وأما المبعض المملوك باقيه لغير القتيل فإنه يجب على المبعض لجهة الحرية القدر الذي يناسب الحرية من نصف أو ثلث.

وأما القدر الرقيق فيتعلق بقدره أقل الأمرين من الحصة من الدية والحصة من القيمة، فإذا كانت الحصة من القيمة أقل فهو الواجب، وأما إذا كان القاتل عبد القتيل فلا يجب عليه شيء من المال ولا يتعلق به، ولو كان مرهوناً على المهر ولا ترد هذه على المصنف لأن الكلام حيث كان القتل مضموناً على القاتل بالمال وههنا لا ضمان لأن السيد لا يثبت له على سيده شيء.

(٦) في ز: وبَدَّل.

الإِبِلِ[١]، وفَصَّلَ ذلك، وقد يطرأ ما تُغَلَّظُ به المائة الواجبة، وهي أربعة أسباب:

أحدها: أن يقع الْقَتْلُ في حرم «مكة»، فيتغلَّظ به الديةُ، وإن كان القتْلُ خطأً، وسيأتي - إن شاء الله تعالى - كيفية التغليظ، ولا فَرْقَ بين أن يكون القاتلُ والمقتولُ معاً في الحَرَمِ، وبين أن يكون أحدُهما فيه، كما في جزاء الصَّيْدِ[٢]. وفي حرم «المدينة» وجهان:

أظهرهما: أن وُقُوعَ القَتْلِ فيه لا يقتضي التغليظ، وهما مبنيان على الخِلاَفِ في صَيْدِها. ومنهم من لا يُطْلِقُ الخِلاَفَ، وخَصَّصَ التردد بما إذا قلنا: إنَّ قاتلَ الصَّيْد فيها تُسْلَبُ ثيابه، وهلْ تتغلَّظ الدية بوقوع القَتْلِ في الإحرام فيه قولان:

أحدهما، وبه قال أحمد: نعم؛ لأنه سَبَبٌ يجب به جزاء الصَّيْد، فيتغلَّظُ به كالحَرَم، وحُكِيَ هذا عن ابن القَاصِّ.

وأصحُّهما: لا؛ لأن حرمة الإِحْرام عارضةٌ غَيْرُ دائمةٍ، ولم يَرِدْ فيه من التغليظ ما وَرَدَ في القَتْلِ في الحَرَم، ورُوِيَ أنه - عليه السَّلاَمُ - قال: إنَّ أَعْتَى النَّاسِ عَلَى اللَّهِ - تَعَالَى - ثلاثة[٣] رَجُلٌ قَتَلَ في الحَرَمِ، وَرَجُلٌ قَتَلَ غَيْرَ قَاتِلِهِ، وَرَجُلٌ قَتَلَ بذحل الجَاهليَّة.

---

(١) أخرجه أحمد وأصحاب السنن والبزار والدارقطني والبيهقي، من حديث ابن مسعود مرفوعاً، لكن فيه: بني مخاض، بدل: ابن لبون، وبسط الدارقطني القول في السنن في هذا الحديث، ورواه من طريق أبي عبيدة عن أبيه موقوفاً، وفيه: عشرون بني لبون، وقال: هذا إسناد حسن، وضعف الأول من أوجه عديدة، وقوى رواية أبي عبيدة بما رواه عن إبراهيم النخعي عن ابن مسعود على وفقه، وتعقبه البيهقي بأن الدارقطني وهم فيه، والجواد قد يعثر، قال، وقد رأيته في جامع سفيان الثوري عن منصور عن إبراهيم عن عبد الله، وعن أبي إسحاق عن علقمة عن عبد الله، وعن عبد الرحمن بن مهدي عن يزيد بن هارون عن سليمان التيمي عن أبي مجلز عن أبي عبيدة عن عبد الله، وعند الجميع: بني مخاض، قلت: وقد رد على نفسه بنفسه، فقال: وقد رأيته في كتاب ابن خزيمة وهو إمام من رواية وكيع عن سفيان، فقال: بني لبون كما قال الدارقطني، قلت: فانتفى أن يكون الدارقطني غيره فلعل الخلاف فيه من فوق. قاله الحافظ في التلخيص.

(٢) قال الشيخ البلقيني في التصحيح: يلتحق بذلك ما إذا جرحه وهما في الحرم فخرج المجروح إلى الحل ومات. ذكره في المطلب. ولا يلتحق به ما إذا جرحه وهما في الحل ثم مات المجروح في الحرم قال الشيخ أيضاً: الإلحاق بالصيد أنه لو رمى من الحل فأصاب إنساناً في الحل وقطع السهم في مروره هواء الحرم أنه يغلظ على الأصح كما صححوا في نظيره في صيد الحرم، ولو قتل إنساناً خطأ بعضه في الحرم أنه يغلظ الدية. ثم قال الشيخ بعد ذلك: وعندي أن إلحاق التغليظ في قتل الخطأ بالصيد بعيد، وأن الاعتبار بأن يكون القتل أو الجرح في الحرم سواء كان القاتل أو الجارح في الحرم أو لم يكن في الحرم ولا أثبت التغليظ في ذلك إلى أن قال: وهكذا إلى أن رمى وهو في الحل بسهم إلى شاخص في الحل فمر السهم في هواء الحرم وأصاب في الحل إنساناً، فإن الواجب دية مخففة بالتخميس قطعاً.

(٣) أخرجه أحمد وابن حبان من حديث عبد الله بن عمرو، ورواه الدارقطني والطبراني والحاكم من=

والثاني: أن يقع في الأَشْهرِ الحُرُم، وهي ذُو القَعْدة، وذو الحجَّة، والمُحَرَّم، ورَجَب، ثلاثة سرداً وواحدٌ فرداً؛ وذلك لِعظَم حُرْمتها، ولا يُلْحَقُ بها شَهْرُ رَمَضَانَ.

والثالث: أن يصادف القَتْل قريباً مُحْرِماً، وهل تَتَغلَّظ الدية بالقَرَابَةِ دون المحرمِيَّة؟ فيه وجهان عن القَفَّال، واختاره الشَّيخ أَبُو مُحَمَّدٍ، والقاضي الرُّويانيُّ: أنها تتغلَّظُ؛ لما فيه من قَطِيعَةِ الرحم، وتأكيد الحُرْمة. وقال الأكثرون: لا تتغلَّظ؛ لِمجرَّدِ القَرَابة، ويعتبر معها المحرمية، وقد رُوِيَ عن عُمَر ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ ما يدلُّ عليه، ويُشْعِرُ به، ولا تُلْحَقُ حرمة الرَّضَاع، والمُصَاهرة بحُرْمَةِ النَّسَبِ في هذا الباب.

وعند أبي حنيفة ومالك: هذه الأسباب الثلاثة لا تقتضي التَّغليظَ، ويميلُ الأصحاب للمذهب بالآثار عن عمر، وعثمان، وابن عباس ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ـ وادَّعوا فيها الاشتهار، وحصول الاتفاق.

والرابع: إذا كان القتل عمداً أَوْ شبه عمد، تغلَّظَتِ الدية، ويُسَمَّىٰ شبْهُ العَمْدِ عمداً خَطَأً أيضاً، وقد رُوِيَ عن ابن عُمَرَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أنَّ رسُولَ الله ﷺ قال: «أَلاَ إِنَّ فِي قَتْلِ العَمْدِ الخَطَأِ بِالسَّوْطِ، والعَصَا مَائَةٌ مِنَ الإِبِلِ مُغَلَّظَةٌ، مِنْهَا أَرْبَعُونَ خَلِفَةً فِي بُطُونِهَا أَوْلاَدُهَا»[1]. ويجوز أن يُعلَّم قوله في الكتاب: «أو شِبْه عَمْدٍ» بـ«الميم»؛ لأن المشهور عن مالك: أن القَتْل إما عمدٌ مَحْضٌ، أو خطأٌ مَحْضٌ، ونفي شبه العمد.

وقوله: «وعِشْرُونَ ابن لَبُونٌ معلَّم بـ«الحاء» والألف والواو»، وقوله: «الوقوع في حرم مكة معلم بالحاء والميم». وقوله: «والوقوع في الأشهر الحرم».

وقوله: «أو مُصَادفته ذا رحم محرم» بالواو وقد بَيَّنا وجوهها.

قال الغَزَالِيُّ: **وَلَوْ قَتَلَ مُسْلِماً فِي دَارِ الحَرْبِ عَلَى زِيِّ الكُفَّارِ وَلَم يَعْلَمْ إِسْلاَمَهُ فَيَجِبُ فِيهِ الدِّيَةُ عَلَى قَوْلٍ وَلَكِنْ دِيَةُ العَمْدِ أَوْ دِيَةُ شِبْهِ العَمْدِ أَوْ دِيَةُ الخَطأِ المَحْضِ فِيهِ ثَلاثَةُ أَوْجُهٍ، وَكَذَا إِذَا رَمَى إِلَى مُرْتَدٍّ فَأَسْلَمَ قَبْلَ الإِصَابَةِ، وَيَجْرِي هَذَا الخِلاَفُ فِي كُلِّ قَتْلِ عَمْدٍ مَحْضٍ صَدَرَ عَنْ ظَنٍّ فِي حَالِ القَتِيلِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: سيظهر في الفصل التالي[2] لهذا الفَصْل أن شبه العَمْد في التغليظ

= حديث أبي شريح، ورواه الحاكم والبيهقي من حديث عائشة بمعناه، وروى البخاري في صحيحه عن ابن عباس مرفوعاً: أبغض الناس إلى الله ثلاثة: ملحد في الحرم، ومبتغ في الإسلام سنة الجاهلية، ومطلب دم امرىء بغير حق ليهريق دمه. قاله الحافظ في التلخيص.

(١) أخرجه أبو داود والنسائي، وقد تقدم في باب ما يجب فيه القصاص. قاله الحافظ في التلخيص.

(٢) في ز: الثاني.

والتخفيف على مرتبة[١] متوسِّطة بين العَمْد والخطأ.

وفي الفصل صورتان، [و] قد سبق أصلهما، والغَرَضُ الآن الكلام في أنَّ الدية إن وجبت فيهما[٢]، فمن أي قبيل هي؟

إحداها: إذا قَتَل في دار الحرب مسلماً وجدُوه على زَيِّ الكُفَّار، وظنَّه كافراً، فقد سبق أن في وجوب الدِّيَةِ فيه قولين:

أصحُّهما: المنع، وإذا قيل: بوجوبها، فمحصول المَنْقُول في كيفيتها ثلاثة أوجه:

أحدها: أن الدية الواجبة دِيَةُ العَمْد؛ لأنه قتله متعمداً.

والثاني: دية شبه العَمْدِ؛ لأنه، وإن تعمد القَتْل، لم يقصد قتل المسلم، فأشبه ما إذا ضربه بما لا يَقْتُلُ غالباً.

والثالث: دية الخَطَأ المَحْضِ؛ لأنه معذور في القَتْل، جاهلٌ بالحال.

والثانية: إذا رمى إلى مرتد أو حربي، فأسلم، ثم أصابه السَّهم ومات، ففي وجوب الدية خلاف قَدَّمناه، والأصح وجوبها، وفي كيفيتها الوجوه الثلاثة، وهذه الصُّورة أولى بأن تلحق بالخطأ؛ لأنه لم يكن معصوماً عند الرمي، ويشبه أن يكون هو الأظهر لما ذكرنا أن الإمام رأى القطع به فيما إذا جرح مرتداً أو حربياً فأسلم ثم مات، لكن في كتاب القاضي ابن كج أنه إذا أصاب سهمه من أسلم وكان مرتداً عند الرمي، لم يكن قصد إلى رميه تكون الدية في ماله لا على عاقلته؛ لأنهم يقولون: إنك لما أرسلت السَّهْم كان المرميُّ مُهْدراً، لا يلزمنا في قَتْلِهِ شيْء، ومن نُوجَب الدِّية في ماله، إذا لم يقْصِد الرمي إليه، فأولى أن نوجبها في ماله إذا قصد، ولو رمى إلى شخص[٣] ظنه شَجَراً أو ظَبْية، وكان إنساناً، فالظاهر، وبه قطع الشيخ أبو محمد: أنه خطأ مَحْض، كما لو رمى إلى صيد، فعرض في الطريق إنسان، أو مرق[٤] منه فأصاب إنساناً، وقربه الإمام من مسألة الرُّمْي إلى من ظنه كافراً في دار الحرب [فكان][٥] مسلماً، تنزيلاً لظنّ كونه شجراً منزلة ظن كون الرجل حَرْبياً، ويوافق هذا لفظ الكتاب حيث قال: «ويجري هذا الخلاف في كل قَتْلِ عمد مَحْض صدر عن ظن في حال القَتْل».

قال الغَزَالِيُّ: **وَالدِّيَةُ يَتَغَلَّظُ فِي العَمْدِ مِنْ ثَلاثَةِ أَوْجُهٍ: التَّخْصِيصُ بِالجَانِي وَالتَّعْجِيلُ والتَّثْلِيثُ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ ثَلاثُونَ حِقَّةً وَثَلاثُونَ جَذَعَةً وَأَرْبَعُونَ خَلِفَةً فِي بُطُونِهَا**

---

(١) في ز: مؤنة.
(٢) في ز: فيها.
(٣) في أ: شاخص.
(٤) في ز: فوق.
(٥) سقط في ز.

أَوْلاَدَهَا، وَفِي الخَطَأِ يَتَخَفَفُ مِنْ ثَلاَثَةِ أَوْجُهٍ إِذْ تَجِبُ عَلَى العَاقِلَةِ مُؤَجَّلَةً إِلَى ثَلاَثِ سِنِينَ مُخَمَّسَةً، وَفِي شِبْهِ العَمْدِ تَجِبُ عَلَى العَاقِلَةَ مُؤَجَّلَةً مُثَلَّثَةً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الدية في القَتْلِ العمد تتغلّظ من ثلاثة أوجه:

أحدها: أنها تجب على الجاني، ولا تتحمَّلُها العاقلة.

والثاني: أنها تجب حالة مُعَجَّلة، والوَجْهَان قياس إبدال المتلفات(١).

والثالث: أنها تجب مثلّثة ثلاثون منها حِقّة، وثلاثون جَذَعَة، وأربعون خلفة، والخَلِفَةُ: الحامل(٢)، ويسمى هذا الوجه الثالث تغليظاً بالسن.

واحتج بأن النبي ﷺ أوجب في الخبر الذي مر(٣) من الخلفات في شبه العمد، فإذا وجبت في شبه العَمْدِ تغليظاً، فلأن تجب في العمد كان أولى.

وأيضاً ففي بعض الشروح أنه روي عن عبد الله بن عُمَرَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أن النبي ﷺ قال: «مَنْ قَتَلَ مُتَعَمِّداً سُلِّمَ إِلَى أَوْلِيَاءِ القَتِيلَ فَإِنْ أَحَبُّوا قَتَلُوا، وإِنْ أَحَبُّوا أَخَذُوا العَقْلَ، [وَالعَقْلُ]: ثلاثون حِقَّة وثلاثون جَذَعة وأربعون خَلِفَةِ فِي بُطُونِهَا أَوْلاَدُهَا»(٤).

ولا فرق في ذلك بين أن يكون العَمْد موجباً للقصاص، فيعفى عنه، ويعدل إلى الدية، وبين ألاّ يكون موجباً للقصاص كقتل الوالد ولده، وفي الخطأ تتحقق الدية من ثلاثة أوجه:

أحدها: أنها تكون عن العاقلة.

والثاني: أنها تكون مؤجّلة في ثلاث سنين، وسيأتي الكلام فيها إن شاء الله ـ تعالى ـ في القِسْمِ الثالث من الكتاب.

والثالث: أنها تجب مخمّسة على التفصيل الذي سبق، وفي شبه العمد بتخفيف من وجهين الوجوب على العاقلة، وكونها مؤجلة، ولكن تتغلّظ من حيث إنها تجب

---

(١) في ز: التلفات.

(٢) ولم يجزم الرافعي بذلك بل جاء في الحديث أربعون خلفة في بطونها أولادها فقتل هو باليد محض وليست الخلفة إلا التي في بطونها أولادها وقيل اسم الخلفة يقع على الحامل التي ولدت معها ولدها. انتهى.

(٣) في ز: الحد الذي.

(٤) أخرجه الترمذي وابن ماجة من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده في حديث. (تنبيه) وقع في الأصل ابن عمر، والصواب عبد الله بن عمرو، وهو ابن العاص. قاله الحافظ في التلخيص.

مُثَلَّثة لما قدمنا من الخبر. هذا ظاهر المذهب.

وحكى القاضي ابن كَجّ، وأبو الفرج السَّرَخسي وجهاً أن بدل شبه العَمْدِ لا تحمله العاقلة؛ لأنها دية مغلّظة بإِيجاب الخلفات، فأشبهت دية العَمْدِ المَحْض.

وروى بعضهم هذا قولاً مخرجاً عن ابن القَاصّ، ووجّه المذهب بما روي أن امْرَأَتَيْنِ[١] اقتتلتا، فضربت إحداهما الأُخرى بعَمُودِ فُسْطَاط، فماتت، فقضى رسول الله ﷺ بِالدِّيَةِ على عَاقِلَتِها[٢]. وعند أبي حنيفة: أنها إذا أوجبت الدية في العمد كقتل الوالد ولده تكون مؤجّلة على القَاتِلِ في ثلاث سنين. وعند مالك: الدِّية في العمد، وشبه العمد تجب أرباعاً بخمسة وعُشرون بنت مخاض، وخمسة وعشرون بنت لبون، وخمسة وعشرون حقّة، وخمسة وعشرون جذعة، ولا يجب الخلفات بحال.

لنا: حديث العمد والخطأ على ما تقدم، وأيضاً فعن عُبادة بن الصَّامت ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أن النبي ﷺ قال: «أَلاَ إِنَّ في الدِّيَةِ العُظْمَى مَائَةً مِنَ الإِبِلِ أَرْبَعُونَ خَلِفَةً فِي بُطُونِهَا أَوْلاَدُهَا». وعن أحمد رواية كقوله[٣]، ورواية كقولنا.

والقتل الخطأ في الحرم، وفي الأشهر الحرم والمصادف للمحرم دِيَتُهُ كَدِيَةِ شبه العَمْدِ تكون على العَاقِلَةِ مؤجلة[٤]، لكن مثلّثة، وإنما تجتمع التخفيفات[٥] من الوجوه الثلاثة في الخطأ إذا وقع في غير[٦] هذه الأحوال.

واعلم أن الدية المخمّسة يرجع تفاوت أقسامها إلى السن إلا في بَنَات اللَّبُون فإن تفاوتها يرجع إلى الذكورة والأنوثة، والتخميس في هذه الدية حاصل بأقسام مُتَعَادلة، والتثليث في الدية المثلثة غير حاصل على التعديل.

وأما النسبة المخفّفة فيها بالاعتبار بثلاثة أعشارها حِقَاق، وثلاثة أعشارها جِذَاع، وأربعة أعشارها خَلَفات، وهذا ظاهر عند التأمل، وقد قال الإمام: ويراعي القسمة المذكورة في الدية المغلّظة والمخفّفة في دية المرأة [ودية الأطراف والجراحات فتجب في دية المرأة][٧] إذا كان القتل خطأ عشر بنات مخاض، وعشر بنات لبون، وهكذا إلى آخر الأقسام وإذا كان عمداً، أو شبه عمد وجبت خَمْسَةَ عَشَرَ حقةً، وخمسة عشر جَذَعَة، وعشرون خلفة، وكذا حكم دية اليد.

---

(١) في أ: ضرتين.
(٢) متفق عليه مطولاً من حديث أبي هريرة، والمغيرة بن شعبة.
(٣) في ز: كقولهما.
(٤) في ز: منوطة.
(٥) في ز: التحقيقات.
(٦) في ز: عند.
(٧) سقط في ز.

وفي المُوَضّحة إذا كانت خطأ بنت مخاض، وبنت لبون، وابن لبون، وحقّة، وجذعة. وإذا كانت عمداً، أو شبه عَمْد حقّة ونصف، وجذعة ونصف، وخَلَفتان.

وفي قطع الأُصبع إذا كان خطأ ابنتا مَخَاض، وابنتا لبون، وابنا لَبُون، وحِقّتان، وجذعتان. وإذا كان عمداً، أو شبه عَمْد ثلاث حِقَاق، وثلاث جِذَاع، وأربع خَلَفات، وعلى هذا القياس. بدل العبد[1] الدراهم والدنانير فلا مَدْخل فيها للتغليظ، كما في سائر الأموال.

وليعلم لما بينا قوله في الكتاب في دية العَمْد والتعجيل بـ«الحاء» والتثليث بـ«الحاء» و«الميم» و«الألف». وقوله في شبه العمد «على العاقلة» بـ«الواو». وقوله: «لكن مثلثة»[2] بـ«الحاء» و«الميم» و«الألف».

وقوله: «أربعون خلفة في بطونها أولادها» مجرى على مُوَافقة الخبر المشهور في الباب، واختلفوا في قوله: «في بطونها أولادها».

فقيل: هو تأكيد مَحْض، وليست الخَلِفَة إلا التي في بطونها أولادها.

وقيل: اسم الخَلِفَة يقع على الحامل، وعلى التي ولدت، وولدها يتبعها، وأراد تبيين أن الواجب[3] الحامل، ويجوز أن يقال: هو تفسير الخلفة.

قال الغَزَالِيُّ: **وَلاَ يُؤْخَذُ مَعِيبٌ، وَالخِلْفَةُ تُعْرَفُ بِقَوْلِ أَهْلِ البَصِيرَةِ، فَإِنْ أَخْطَؤُوا ٱسْتَدْرَكُوا، وَأَمَّا الصِّنْفُ فَيُرَاعِي إِبِلُ البَلَدِ أَوْ أَقْرَبِ البُلْدَانِ إِلَيْهِ، فَإِنْ كَانَ إِبِلُ مَنْ عَلَيْهِ الدِّيَةُ يُخَالِفُ إِبِلَ أَهْلِ البَلَدِ فَفِي تَعْيِينِهَا وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَتَعَيَّنُ فَإِنْ كَانَتْ مَعِيبَةً فَهِيَ كَالمَعْدُومَةِ، وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ فِي القُطْرِ رَجَعَ إِلَى قِيمَةِ الإِبِلِ، وَفِي القَدِيمِ يُرْجَعُ إِلَى أَلْفِ دِينَارٍ أَوْ ٱثْنَيْ عَشَرَ أَلْفَ دِرْهَمٍ، وَإِذَا تَكَرَّرَ أَسْبَابُ التَّغْلِيظِ لَمْ يَتَكَرَّرِ التَّغْلِيظُ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه مسائل:

إحداها: لا يؤخذ في الدية معيب، ولا مريض إلاّ أن يرضى المستحقّ، ولا فرق بين أن يكون إبل من عليه معيبة أو مريضة، أو لا تكون كذلك، بخلاف الزّكاة حيث يؤخذ من المِرَاض المريضة؛ لأن الزكاة تتعلّق بعين المال، والدية في الذِّمة، فيعتبر المؤدّي السلامة كالمسلم فيه، والرّقبة في الكَفَّارة، لكن الدية عِوَض، فيعتبر فيها السلامة عن العيوب التي تؤثر في المالية، ويثبت الرد في المبيع[4]، والمقصود في

---

(١) في ز: العقد.

(٢) سقط من ز.

(٣) في ز: الواجد.

(٤) في ز: البيع.

الكَفَّارة التخليص عن الرق ليستقل[1] المعتق، فيعتبر السلامة عن العيوب التي تؤثّر في العمل، والاستقلال.

الثانية: في الغالب أن النَّاقة لا تحمل حتى يكون لها خمس سنين، وهي الثنية ولو حملت قبل ذلك، فهل تؤخذ، فيه قولان:

أحدهما: لا؛ لأن الأربعين أحد أقسام الدية، فيختص بالسِّنّ كالقسمين الآخرين، ولأن الحمل قبل[2] ذلك مما يندر، ولا يوثق[3] به.

وأصحهما: القبول؛ لأنه ليس في الخبر إلا اعتبار[4] الخلفة، وإذا جاء من عليه الدية بناقة ليسلمها، أو قال: هي خَلِفة، وأنكر المستحق، فيرجع فيه إلى عَدْلَين من أهل الخبرة، ويعمل بقولهما، وإذا أخذت بقول [أهل][5] الخبرة، أو بتصديق الجاني، فماتت عند الولي، وتَنَازعا في الحمل شق بطنها ليعرف[6] الحال، فإن تبين أنها لم تكن حاملاً غرمها الولي، وأخذ مكانها خَلِفة. وعن القاضي ابن كَجّ وجه آخر أنه يأخذ أرش النقصان، ويكتفي به.

والظاهر: الأول كما لو خرج المسلم فيه على غير الصفة المشروطة، ولو صادفتا النَّاقة المأخوذة حائلاً، وقال الولي: لم يكن بها حمل، وقال المؤدي: أسقطت عندك[7]، فإن لم يحتمل الزمان الإسقاط ردّت وَطُولب بخلفة بَدَلها، وإن احتمل فينظر إن أخذ[8] بقول الجاني، ولم يراجع أهل الخبرة، فالقول قول الولي مع يمينه؛ لأنّ الأصل عدم الحمل، وإن أخذ بقول أهل الخِبْرَة بعد مراجعتهم ففيه وجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك.

وأصحهما: وبه قال الربيع أن القول قول المؤدّي لتأيد قوله بقول أهل الخبرة، واجتهادهم، فكأنهم[9] شهدوا، وحكمنا بشهادتهم.

وعن أبي الحسين بن القَطَّان القَطْع بهذا الوَجْه الثاني.

الثالثة: من لزمه الدِّيَة من الجاني والعاقلة فإما ألا يملك إبلاً أو يملك.

الحالة الأولى: إذا لم يكن له إبل، فعليه تحصيل الواجب من غالب إبل البلدة،

(١) في ز: استقل.
(٢) في ز: فصل.
(٣) في ز: يؤثر.
(٤) في ز: اختيار.
(٥) سقط في ز.
(٦) في ز: سبق بظنها ليعلم.
(٧) في ز: عنك.
(٨) في ز: أخذت.
(٩) في ز: وكانوا.

أو القبيلة إن كان من أهل البادية الذين ينتقلون بإبلهم ولا يقيمون في بَلْدة، ولا ناحية، ودفعه إلى المستحق، فإن تفرقت العاقلة في البُلْدَان، أو القبائل أخذت حصة[١] كل واحد منهم من غالب إِبِلِ بلدته، أو قبيلته.

قال أبو الفرج الزاز: وهذا لا يتحقق تصويره في تفرق الآحاد، فإن الواجب على واحد منهم لا يبلغ ما يؤخذ به الإبل، وإنما يظهر التصوير إذا كان بطنٌ[٢] في بلدة أو قبيلة، وبطنٌ في أخرى وإن لم يكن في البلدة أو القبيلة إبل، أو كانت بعيدةً اعتبر إبل[٣] أقرب البلاد، وعليه النقل إن قربت المسافة، وإن بعدت وعظمت المُؤْنة والمَشَقّة لم يلزم، وسقطت المُطَالبة بالإبل، وبم يضبط القرب والبعد؟

أشار بعضهم إلى رعاية مَسَافة القَصْر، فجعلها وما فوقها في حَدّ البعد.

وقال الإمام: لو زادت مؤنة إحضارها على قيمتها في موضع الغرّة لم يلزمه [تحصيلها][٤] وإلا لزمه.

الحالة الثانية: إذا كانت له إبل ينظر إن كانت إبله من غالب البَلْدة أو القبيلة فذاك، وإن كانت من صنف آخر فوجهان:

الذي أورده الأكثرون من العراقيين وغيرهم أن الدية تؤخذ من لغة الصنف الذي يملكه[٥] مَهْرِيّة كانت أو أرْحبيّة عِرَاباً أوْ بَخَاتَى، ووجه ذلك في العَاقِلَةِ بأنهم [كانوا] يؤدّون ذلك على سبيل المُوَاسَاة، فيعطون ما عندهم كما في الزّكَاة، وهذا ظاهر نصّه في «المختصر»، فإنه قال: ولا أكلف أحداً من العاقلة غير إبله.

والثاني حكاه الإمام عن محققي المَرَاوزة، ورجحه[٦] أن الاعتبار بغالب إبل البلد[٧]؛ لأن الدية عوضٌ متلف، واعتباره بملك المتلف بعيد، ومن قال أراد بقوله: «غير إبله إبل بلدته أو قبيلته» وقد يضاف ما يتعلّق بالبلد، أو القبيلة [إلى][٨] الواحد من أهلها، ولذلك قال عَقِيْبَ هذه اللّفظة: وإن لم يكن ببلده إبل كُلِّف إبل أقرب البلدان إليه، ولو أراد بإبله ما يملكه لأشبه أن يقول: ولو لم يكن له، أو في ملكه إبل، ومهما تعين نوع، فلا عدول إلى ما دونه، أو فوقه إلاّ بالتّرَاضِي.

---

(١) في ز: أحدث.
(٢) في ز: يظن.
(٣) في ز: أنك.
(٤) سقط في ز.
(٥) حاصله أنه إذا كانت له إبل أجزأ الأداء منها ولا يتعين غالب البلد وإلا تعين غالب البلد، فعلى هذا ملكه الإبل شرط لإجزاء نوعها لا لتعيينه. وقوله أخذت أيضاً يدل على قبول إبل البلد أيضاً.
(٦) في ز: وحققه.
(٧) في ز: الغالب إبل الدية.
(٨) سقط في ز.

وإذا كان الاعتبار بإبل الدية، أو القبيلة، فلو كانت إبل الموضع من نوعين أو أكثر ولا غالب فيها، فالخِيَرَةُ إلى المُعْطِي. كذلك حكاه الإمام وإن اعتبرنا[١] إبل مَنْ عليه، فلو تنوّعت إبله فوجهان:

أحدهما: يؤخذ من الأكثر، فإن استويا[٢] أعطي ما شاء.

والثاني: يؤخذ من كل[٣] يقسطه إلا أن يتبرع فيعطي الكُلّ من الأشرف[٤]، وإن أراد أن يعطي من شيء آخر سوى ما في بلدته أجبر[٥] المستحقّ على القبول إذا كان من غالب إبل البلدة، أو القبيلة. قاله في «التهذيب»، والوجهان مَبْنِيَّان على القولين في الزَّكَاة، إذا تنوع النِّصَاب نوعين فصاعداً، وإذا كانت الإبل تُبَاع بأكثر من ثَمَنِ المِثْلِ لم يجب تحصيلها، وكانت كالمعدومة[٦].

الرَّابعة: إذا كانت الإبل موجودةً، وعدل من عليه ومستحقّها إلى القيمة أو غيرها بالتراضي جاز كما لو أتلف مثلياً، وتراضياً على أَخْذِ القيمة مع وجود المثل[٧]، وقال[٨] صاحب البيان: هكذا أطلقوه، وليكن ذلك مبنياً على أنه يجوز الصُّلح عن إبل الدية، وإن أراد أحدهما العدول عن الإبل لم يُجْبَر الآخر عليه. وعن أبي حنيفة إذا عدل الجَانِي إلى الدراهم أو الدنانير المقدرة على ما سيأتي إن شاء الله ـ تعالى ـ وجب على المستحقّ القبول. والدية أحد ثلاثة أشياء: الإبل والدراهم والدنانير.

وعن أبي الطَّيب بن سلمة وغيره أن على القول القديم، وهو الرجوع إلى المقدّر عند إعواز الإبل على ما سنذكر على الاثر إن شاء الله تعالى يتخير الجَانِي بين الثلاثة، كما قال أبو حنيفة.

---

(١) في ز: اعتدنا.
(٢) في ز: استوت.
(٣) في ز: يوجد موكل.
(٤) سكت الشيخ عن الترجيح.
قال في الخادم: قضية ما ذكره آخراً من البناء على ترك الزكاة ترجيح الثاني وهو ما قال الروياني في البحر أنه الأقيس. وقال ابن أبي عصرون في الانتصار: إنه الأصح لكن جزم في التتمة بأنه لا يكلف ذلك بخلاف الزكاة لأنها واجب للمال.
(٥) في ز: أخذ.
(٦) في ز: كالمقدومة.
(٧) الأصح عدم صحة الصلح عن إبل الدية، فعلى هذا فالمذكور على وجه مرجوح.
قال الأذرعي في القوت: صرح إبراهيم المروذي في باب الصلح بالبناء الذي أبداه العمراني تفقهاً وحمل صاحب المطلب المذكور هنا على أن يكون في حال العلم مع العلم بأسنانها ومقاديرها، فإن الغزالي في كتاب الصلح قال في هذه الحالة أنه يصح جزماً، وحكى الخلاف في حالة الجهل بالصفة، ولم يرتض الشيخ البلقيني ما ذكره في المطلب.
(٨) في ز: وأن.

وفي «الشامل» حكاية مثله عن أحمد، وزاد فقال: الدية ستة أصول الإبل والدراهم والدّنانير، وسيأتي إن شاء الله ـ تعالى ـ تقديرهما ومائتا بقرة ومائتا حلة وألفا شاة، والمراد من الحلّة غالب لباس العرب إزار ورداء(١)، وبه قال أبو يوسف ومحمد ويروى عن أحمد طَرْح الحلل، واحتجّ الأصحاب لتعيين الإبل بظاهر قوله ﷺ: «في النفس(٢) مَائَةٌ مِنَ الإِبِلِ»، وقوله ـ عليه السلام ـ في قتيل السّوط والعصا: «مائَة مِن الإِبِلِ».

أما إذا لم توجد الإبل في الموضع الذي يجب تحصيل الإبل منه، أو كانت توجد بأكثر من ثمن المِثْلِ، فالرجوع إلى ماذا؟ فيه قولان:

القديم: وبه قال مالك أنا نرجع إلى بَدَلٍ مقدر، وهو ألف دينار، أو اثنا عشر ألف درهم(٣) لما روي عن مكحول وعطاء قالا: أدركنا النّاس على أن دية الحرّ المسلم على عَهْدِ رسول الله ﷺ مائة من الإِبِلِ، فقوّمها عمر ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ بألف دينار أو اثني عشر ألف درهم(٤). وروي أنه ـ عليه السلام ـ قضى في الدِّيَةِ بألف مِثْقَالٍ، أو اثني عشر ألف درهم(٥). وعند أبي حنيفة: الدّراهم مقدّرة عشرة آلاف.

وذكر القاضي ابن كَجّ أن أبا الحسن حكاه وَجْهاً لبعض الأصحاب، ويدل على

---

(١) في ز: أن أوردوا. (٢) في ز: البقر.

(٣) مع القدرة على الإبل وليس كذلك كما ذكره في الخادم، وذكره في الخادم وذكره أيضاً غيره بل عند التقديم لا يترتب إيجاب النقد على عدم الإبل لم يجب ابتداء مع وجودها.

(٤) أخرجه الشافعي عن مسلم عن عبيد الله بن عمر عن أيوب بن موسى عن ابن شهاب، وعن مكحول وعطاء به، والواقدي، ورواه البيهقي وروي أيضاً من طريق الشافعي عن مسلم عن ابن جريج قال قلت لعطاء: الدية الماشية أو الذهب؟ قال: كانت الإبل حتى كان عمر، فقوم الإبل عشرين ومائة، كل بعير، فإن شاء القروي أعطاه مائة مائة، ولم يعطه ذهباً، كذلك الأمر الأول، وفي المراسيل لأبي داود من طريق ابن إسحاق عن عطاء أن رسول الله ﷺ قضى في الدية على أهل الإبل مائة من الإبل، وعلى أهل البقر مائتي بقرة، وعلى أهل الشاة ألفي شاة، وعلى أهل الحلل مائتي حلة، ثم أسنده من طريق أخرى عن ابن إسحاق عن عطاء عن جابر مرفوعاً. قاله الحافظ في التلخيص.

(٥) أما قضاؤه في الدية بألف دينار فهو في حديث عمرو بن دينار الطويل وأما قضاؤه في الدية باثني عشر ألفاً، فهو حديث ابن عباس بعينه وقد رواه أصحاب السنن من حديث عكرمة، واختلف فيه على عمرو بن دينار، فقال محمد بن مسلم الطائفي عنه عن عكرمة هكذا، وقال ابن عيينة عن عمرو بن دينار مرسلاً، قال ابن أبي حاتم عن أبيه: المرسل أصح، وتبعه عبد الحق، وقد رواه الدارقطني من حديث محمد بن ميمون عن ابن عيينة موصولاً، قال محمد بن ميمون، وإنما قال لنافيه ابن عباس مرة واحدة، وأكثر ذلك كان يقول عن عكرمة، ورواه عبد الرزاق في مصنفه عن ابن عيينة عن عمرو عن عكرمة مرسلاً، قال ابن حزم: وهكذا رواه مشاهير أصحاب ابن عيينة. قاله الحافظ في التلخيص.

التقدير الأول ما روي عن ابن عباس - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أن رَجُلاً قتل على عهد رسول الله ﷺ فَجَعَلَ ديته اثني عشر ألف درهم.

والجديد: أنّ الرجوع إلى قيمة الإبل بالغة ما بلغت لما روي عن عَمْرو بن شُعَيب عن أبيه عن جَدّه - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - أن النبي ﷺ كان يُقَوِّم الإبل على أهل القرى، فإذا غلت رَفَعَ في قيمتها، وإذا هانت نقص من قيمتها(١)، وهذا ما اختاره المُزَنِيّ، وادعى أن القديم مرجوع عنه.

«التفريع»

إن قلنا بالقديم، فالاعتبار بالدراهم والدنانير المضروبة(٢) الخالصة دون التبر والمغشوش. وذكر الإمام أن المعطِي يتخيّر بين الدراهم والدنانير، والذي أورده الجمهور أن على أهل الذَّهب الذهب، وعلى أهل الوَرِقِ الوَرِق، وإذا كان الواجب دية مغلّظة، بأن قتل في الحرم، أو قتل عمداً أو شبه عمد، فهل يزاد للتغليظ شيء؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا؛ لأن التغليظ في الإبل إنما ورد بالسِّنّ والصفة، لا بزيادة العَدَدِ، وذلك لا يوجد في الدراهم والدنانير، وهذا أحد ما احتجّ به على فَسَاد القول القديم.

وقيل: المصير إليه يسقط أثر التغليظ.

والثاني: أنه يزاد ثلث المقدر تغليظاً، فيجب ستة عشر ألف درهم، أو ألف دينار، أو ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون ديناراً وثلث دينار، وبه قال أحمد لما روي عن عمر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أنه قضى فيمن قتل في الحرم، أو في الأشهر الحرم أو محرماً بدية وثلث(٣).

وعن عثمان(٤) - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أنه قضى في امرأة وطئت بالأقدام بـ«مكة» بدية

---

(١) أخرجه الشافعي عن مسلم عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب، ورواه أبو داود والنسائي من حديث محمد بن راشد عن عمرو بن شعيب أتم منه، وعن محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بطوله. قاله الحافظ في التلخيص.

(٢) في ز: المصروفة.

(٣) رواه البيهقي من حديث مجاهد عن عمر أنه قضى فيمن قتل في الحرم، أو في الشهر الحرام. أو وهو محرم، بالدية وثلث الدية، وهو منقطع، وراويه ليث بن أبي سليم ضعيف، قال البيهقي: وروى عكرمة عن عمر ما دل على التغليظ في الشهر الحرام، وكذا قال ابن المنذر: روينا عن عمر بن الخطاب أنه من قتل في الحرم أو قتل محرماً، أو قتل في الشهر الحرام، فعليه الدية وثلث الدية.

(٤) قال الحافظ في التلخيص: وأما أثر عثمان فرواه الشافعي والبيهقي من حديث ابن أبي نجيح عن أبيه: أن رجلاً أوطأ امرأة بمكة، فقتلها، فقضى فيها عثمان بثمانية آلاف درهم، دية وثلثاً، لفظ الشافعي، وأما أثر ابن عباس فرواه البيهقي وابن حزم من طريق نافع بن جبير عنه.

وثلث، وهي ثمانية آلاف درهم، وعلى هذا فلو تعدد سبب التغليظ بأن قتل محرماً في الحرم فوجهان:

أصحهما: أنه لا يزاد على الثلث شيء، ولا يتكرر التغليظ، كما لو قتل المحرم صيداً في الحرم لا يلزمه إلا جزاء واحد.

والثاني: أنه يزاد لكل سبب ثلث الدية، فيجب في قَتْلِ المحرم في الحرم عشرون ألفاً، ويروى ذلك عن ابن عباس ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا[1] ـ وإن انضم إليه الوقوع في الأشهر الحرم، وجب أربعة وعشرون ألفاً، فإن كان القَتْل شبه عمد وجب ثمانية وعشرون ألفاً ويحكى هذا عن أحمد. وإن قلنا بالجديد، فتقوّم الإبل بغالب نَقْدِ البلد، ويراعى صِفَتُهَا في التغليظ، إن كانت مغلظة.

قال الإمام: فإن غلب النَّقْدَان في البلد تخير للجاني، وتقوّم الإبل التي لو كانت موجودة وجب تسليمها، وإنْ كانت له إبل معيبة وجبت قيمة الصِّحَاح من ذلك الصنف، وإن لم يكن هناك إبل، فيقوم من صنف أقرب البلاد إليهم.

وحكى صاحب «التهذيب» وجهين في أنه يعتبر قيمة مواضع الموجود، أو قيمة بلدة الإعواز لو كانت الإبل موجودة فيها، والأشبه الثاني، ووقع في لفظ الشَّافعي ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أنه يعتبر قيمة يوم الوُجُوب، والمراد على ما يفهمه كلام الأصحاب يوم وجوب التسليم ألا تراهم قالوا: إن الدية المؤجّلة على العَاقِلَةِ يقوم كلّ نجم منها عند محلّه.

وقال القاضي الروياني: إن وجبت الدية، والإبل مفقودة فيعتبر قيمتها يوم الوجوب. أما إذا وجبت وهي موجودة، فلم يتمكن[2] من الأداء وحتى أعوزت يجب قيمته يوم الإِعْوَاز؛ لأن الحق يومئذ يحول إلى القيمة، وإن وجد بعض الإبل الواجبة أخذ الموجود، وقيمة الباقي.

وقوله في الكفار: «فيراعي غالب إبل البلد، وأقرب البلدان إليه» لا يخفى أنه ليس على التَّخيير، بل المعنى إلى[3] أقرب البلدان إليه، إن لم يكن في البلد إبل، وفي السياق ما يبيّن أن المرعى الغالب إن لم يكن لمن عليه الدية إبل، وإن كانت وهي مُخَالفة للغالب، فهل يتعيّن؟ فيه وجهان وعلى الوجه الذي لا يتعين بتعين الغالب.

---

(١) قال الحافظ في التلخيص: قوله: يروى عن ابن عباس فيما إذا تعدد سبب التغليظ، فإنه يزاد لكل سبب ثلث الدية. قلت: هو ظاهر رواية البيهقي السالفة، لكن روى ابن حزم عنه من ذلك الوجه أن رجلاً قتل في البلد الحرام في الشهر الحرام، فقال ابن عباس: ديته اثنا عشر ألفاً، وللشهر الحرام، والبلد الحرام، أربعة آلاف، فظاهر هذا عدم التعدد.

(٢) في أ: يتفق الأداء. (٣) في ز: إذا.

وقوله: «وإن لم يوجد في القُطْر...» إلى آخره فيه إشارة إلى أنه إذا وجدت الإبل، فلا معدل[(١)] عَنهَا، وإنما الرجوع إلى غيرها عند ضرورة الإعواز، وفي لفظ «القُطْر» إشارة إلى ضبط القُرْب والبُعْد بما ذكره الإمام دون مسافة القصر.

وقوله: «يرجع إلى قيمة الإبل» ليعلم بـ«الحاء» و«الميم»، فإنّ الرجوع عندهما إلى المقدر كما بَيَّناه. وقوله: «ألف دينار أو اثني عشر ألف درهم» للتخيير على ما ذكره الإمام، وللتنويع على ما ذكره الجمهور ولفظ «اثني عشر» معلّم بـ«الحاء» و«الواو».

وقوله: «لم يتكرر» بـ«الألف» و«الواو».

«فَرْعٌ»

قال الإمام: لو قال المستحق عند إعواز الإبل: لا أطالب الآن بشيء، وأصبر إلى أن توجد، فالأظهر أن الأمر إليه؛ لأن الأصل هو الإبل، ويحتمل أن يقال لمن عليه الدية أن يكلفه قبض ما عليه [تبرأ ذمته][(٢)]، ولم يصر أحد من الأصحاب إلى أنه لو أخذ الدراهم، ثم وجدت الإبل تردُّ الدراهم، ويرجع إلى الإبل، بخلاف ما إذا غرم قيمة المثل[(٣)] لإعواز[(٤)] المِثْل، ثم وجد ففي الرجوع إلى المِثْل خلاف، والله أعلم.

قال الغَزَالِيُّ: **وَأَمَّا المُنَقِّصَاتُ لِلدِّيَةِ عَمَّا ذَكَرْنَاهُ فَأَرْبَعَةٌ، الأَوَّلُ الأُنُوثَةُ فَإِنَّهَا تَرُدُّ إِلَى الشَّطْرِ، وَالأَجْتِنَانُ فَإِنَّهُ يُرَدُّ إِلَى غُرَّةِ عَبْدٍ أَوْ أَمَةٍ، وَالرِّقُّ فَإِنَّهُ يُرَدُّ إِلَى القِيمَةِ بَالِغَةً مَا بَلَغَتْ وَإِنْ زَادَتْ عَلَى دِيَةِ الحَرِّ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لما مهد أصل الدية، وعقّبه بما يعتبر بها من الأسباب المغلّظة التي تزيد صفة، أو قدراً أراد أن يبين ما يعتبر بها من الأسباب المنقصة التي تنقص صفة، أو قدراً، فهي وهي كما عدها أربعة:

أحدها: الأنوثة فَدِيَةُ المرأة على النصف من دية الرجل، لما روي عن عمرو بن حَزْمٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أن النبي ﷺ قال: «دِيَة المَرْأَةِ نِصْفُ دِيَةِ الرَّجُلِ»[(٥)].

---

(١) في ز: يعدل.
(٢) في ز: ليتدافعه.
(٣) في ز: المثلى.
(٤) في ز: لأعوان.
(٥) أخرجه البيهقي من حديث معاذ بن جبل، وقال: إسناده لا يثبت مثله.
قوله: وروي ذلك عن عمر، وعثمان وعليّ، والعبادلة: ابن مسعود وابن عمر وابن عباس، أما أثر عمر فتقدم في أثر عطاء ومكحول، ويأتي مع علي، وأما أثر عثمان فلم أره، وما أثر على فرواه البيهقي من طريق إبراهيم النخعي عنه. فيه انقطاع، لكن أخرجه ابن أبي شيبة من طريق الشعبي عن علي، وأخرجه أيضاً من وجه آخر عن إبراهيم عن عمر وعلي، وأما ابن مسعود=

ويروى ذلك عن عمر، وعثمان، وعلي، والعَبَادِلَةِ: ابن مسعود، وابن عمر، وابن عباس - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ -.

قال الأصحاب: قد اشتهر ذلك، ولم يُخَالفوا، فصار إجماعاً، ويجب في الخُنثَى المُشْكل دِيَةَّ المرأةِ، لأن الزيادة مشكوك فيها. ذكره صاحب «البيان» وغيره.

وكما أن دية المرأة على النصف، فدية أطْرَافها وجِرَاحَاتها على النصف من دية أطراف الرجل وجِرَاحاته على الجديد، وبه قال أبو حنيفة اعتباراً بالأجزاء بالجملة.

وفي القديم قول أن المرأة تُعَاقِلُ الرَّجل إلى ثلث الدية أي: تساويه في العقل[١]، فإذا زاد الواجب على الثّلث صارت على النصف لما روي أنه ﷺ قال: «عَقْلُ المَرْأَةِ كَعَقْلِ الرَّجُلِ إِلَى ثُلُثِ الدِّيَةِ»[٢].

وعلى هذا فيجب في أُصْبع من أَصَابعها عشر من الإبل، وفي أُصْبُعَيْنِ عشرون من الإبل، وفي ثلاث ثلاثون، وفي أربع عشرون [على النصف][٣] مما يجب في الرجل؛ لأن الواجب في الأربع يزيد على الثلث، ويروى هذا عن مالك وأحمد، ويروى عنهما أنها تعاقله فيما دون الثُّلث، وفي الثلث فما فوقه تكون على النصف، وذكر أن القول القديم مرجوع عنه.

= فأخرجه البيهقي من طريق الحكم عن الشعبي عن زيد بن ثابت أنه قال: في جراحات الرجال والنساء سواء إلى الثلث، فما زاد فعلى النصف، وقال ابن مسعود: إلا السن والموضحة فإنهما سواء، وما زاد فعلى النصف، وقال عليّ: على النصف في الكل، قال: وأعجبها إلى الشعبي قول عليّ، وأما ابن عمر وابن عباس فلم أره عنهما.

مراده بقوله العبادلة، جميع الثلاثة، لأن الذين اشتهروا بهذا اللقب هم هؤلاء الثلاثة، ولا معنى لاعتراض من اعترض عليه بذلك، ووقع في المبهمات للنووي أن الجوهري قال في مادة عبد في ذكر العبادلة، أنه عد فيهم ابن مسعود، وحذف ابن عمر، وليس كما قال: فالذي في الصحاح حذف ابن الزبير، والاقتصار على ثلاثة، ولم يذكر ابن مسعود انتهى. والذي في الصحاح في مادة عبد بإثبات ابن مسعود، وحذف ابن الزبير، فهم عنده أربعة، لكن في آخر الكتاب في مادة هاء، قال: وهم ابن عباس وابن عمر وابن الزبير، فاقتصر على ثلاثة فيه، ووقع في شرح الكافية لابن مالك العبادلة خمسة، فذكر الأربعة وابن مسعود فيهم، وعد الزمخشري في الكشاف ابن مسعود فيهم أيضاً، وحذف ابن عمرو، وتعقب، قاله الحافظ في التلخيص.

(١) في ز: القصد.

(٢) أخرجه النسائي من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وهو من رواية إسماعيل بن عياش عن ابن جريج، قال الشافعي: وكان مالك يذكر أنه السنة، وكنت أتابعه عليه وفي نفسي منه شيء، ثم علمت أنه يريد سنة أهل المدينة، فرجعت عنه. قاله الحافظ في التلخيص.

(٣) سقط في ز.

وأن الشافعي ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ: قال كان مالك يذكر أنه السُّنة، وكنت أتابعه عليه، وفي نفسي شيء منه حَتَّى علمت أنه يريد سُنَّة أهل «المدينة»، فرجعت عنه.

والثاني: الاختيار، فإنه يرد الواجب إلى الغرّة، والقول فيه مؤخر إلى القسم الرابع من الكتاب.

الثالث: الرّق، فيجب في قَتْل العبد قيمته، سواء كان القتل عمداً أو خطأً، وسواء نقصت القيمةُ عن قدر الدية، أو زادت مسلوكاً به مَسْلك الأموال، ولذلك لو تَلِفَ في يد الغاصب ضمنه بتمام قيمته، وبهذا قال مالك وأحمد.

وعند أبي حنيفة: لا يزاد الواجب على دِيَةِ الحُرّ، بل ينقص منه عشرة دراهم.

وفي رواية ينقص في حقّ الأَمَةِ خمسة.

وأما أطراف العَبْدِ وَجِرَاحاته، فالذي يجب فيها مذكور في آخر القسم الأول من الكتاب، وقد يعترض في لفظ الكتاب من وجهين أحدهما[1] أنه الآن يتكلّم في مُنقِصَات الدية، فكيف يليق به أن يقول: وإن زادت على دية الحر، فإن الرِّقَّ حينئذ يكون موجباً للزيادة دون النُّقْصَان.

والثاني: أنه قال: يرد إلى قدر القيمة، والرد إلى الشيء في هذا المعرض يقتضي كون المردود إليه أنقص، فكيف ينتظم أن يقول معه: وإن زادت على دية الحر.

والجواب على الأول أن قَدْر القيمة في الغالب دون قَدْر الدية، والرق يقتضي القيمة، فيكون منقصاً في الغالب، فلذلك عَدَّهُ من المنقصات، ويمكن أن يقال: القيمة ناقصة، وما يرد إليها فهو منقص، وإن زاد قدرها على قدر الدية لما فيه من العرض على المقومين والإلحاق بالبهائم، وسائر الأموال، ويخرج به الجواب عن الثاني.

قال الغَزَالِيُّ: **وَالْكُفْرُ فَإِنَّ دِيَةَ اليَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ ثُلُثُ دِيَةِ المُسْلِم، وَدِيَةِ المَجُوسِيِّ ثَمَانمَائَةُ دِرْهَم، وَالْمَعَاهَدُ كَالذِّمِّيِّ، وَأَمَّا عَبَدَةُ الأَوْثَانِ وَالزَّنَادِقَةُ وَالمُرْتَدُّونَ فَلاَ عِصْمَةَ لَهُمْ، فَلَوْ دَخَلَ وَاحِدٌ مِنهُمْ بِأَمَانٍ كَفَفْنَا عَنْ قَتْلِهِ، فَإِن قُتِلَ وَجَبَ أَخَسُّ الدِّيَاتِ فِي الوَثَنِيِّ، وَلَمْ يَجِبْ شَيْءٌ فِي الْمُرْتَدِّ، وَفِي الزِّنْدِيقِ تَرَدُّدٌ، وَأَمَّا الَّذِينَ لَمْ يَبْلُغْهُمْ دَعْوَتُنَا فَقَدْ قِيلَ: يُقْتَلُ المُسْلِم وَبِقَتْلِهِ، وَقِيلَ: لاَ قِصَاصَ وَيَجِبُ دِيَةُ المُسْلِم، وَقِيلَ: يَجِبُ دِيَةُ ذَلِكَ الدِّينِ، وَأَمَّا المُسْلِمُ فِي دَارِ الحَرْبِ إِذَا لَمْ يُهَاجِرْ فَهُوَ كَالْمُسْلِمِ المُهَاجِرِ فِي العِصْمَةِ، وَالصَّابِئُونَ مِنَ النَّصَارَىٰ، وَالسَّامِرَةُ مِنَ اليَهُودِ، فَإِنْ كَانُوا مُعَطِّلَةً فِي دِينِهِمْ فَلاَ دِيَةَ لَهُمْ.**

---

(١) سقط في ز.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الرابع: الكفر: وَالكُفَّارُ أَصْنَافٌ:

أحدها: اليَهُودِي والنصراني، فديتهما ثُلُث دية المسلم، وهو من الإبل ثلاثة وثلاثون وثلث، وإن أثبتنا الإبل بدلاً مقدراً، فهو من الذَّهَب ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون ديناراً وثلث دينار، ومن الوَرِقِ أربعة آلاف درهم.

وقال أبو حنيفة: ديتهما مِثْلُ دية المسلم.

وقال مالك: نصف دية المسلم.

وقال أحمد: إن كان القَتْلُ عمداً، فدية المسلم، وإن كان خطأ فنصف دية المسلم.

واحتجّ الأصحاب بما روي عن عُبَادة بن الصَّامت ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أن النبي ﷺ قال: «دِيَةُ اليَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ أَرْبَعَةُ آلافِ دِرْهَمٍ»[١].

وبأنهما[٢] مكلفان لا سَهْمَ لهما من الغَنِيمَةِ، فلا تكمل ديتهما كالمرأة، والسَّامرة من اليهود، والصَّابِئُون من النصارى إن كانوا معطّلة لدينهم[٣] كفرة عندهم لم يجب بِقَتْلِهِمْ دية اليهودي والنصراني، بل يكون حكمهم حكم مَنْ لا كتاب له من الكُفَّارِ، وإن كانوا [لا يكفرونهم و][٤] لا يخرجونهم من جُمْلتهم، فهم كسائر فرقهم، وقد سبق في النِّكَاح أنَّ بعضهم أطلق قولين في جواز مُنَاكحة السَّامرة والصَّابئين، وسيأتي مثله في جواز تقريرهم[٥] بالجِزْيَةِ، ولا بد من مجيء هذه الطريقة هَاهُنَا.

والثاني: المَجُوسِيّ، وديته ثلثا عشر دية المسلم، وإن شئت قلت: خمسها[٦] وخمس ثلثه، وبهذا الاعتبار يقال: إن ديته خمس دية اليهودي، وذلك من الإبل ستة

---

(١) قال الحافظ في التلخيص: لم أجده من حديث عبادة، إلا فيما ذكر أبو إسحاق الإسفراييني في كتاب «أدب الجدل» له، فإنه قال: رواه موسى بن عقبة عن إسحاق بن يحيى بن عبادة به، ورواه الشافعي عن فضيل بن عياض عن منصور بن المعتمر، عن ثابت الحداد عن ابن المسيب: أن عمر قضى في دية اليهودي والنصراني بأربعة آلاف، وفي دية المجوسي ثمانمائة درهم، وروى البيهقي من طريق الشافعي عن سفيان عن صدقة بن يسار قال: أرسلنا إلى سعيد بن المسيب أسأله عن دية المعاهد، فقال: قضى فيه عثمان بأربعة آلاف، وروى عبد الرزاق في مصنفه عن رباح بن عبيد الله عن حميد عن أنس: أن يهودياً قتل غيلة، فقضى فيه عمر باثني عشر ألف درهم، ورباح ضعيف، وروى الطحاوي والحاكم من حديث جعفر بن عبد الله بن الحكم: أن رفاعة بن السمؤال اليهودي قتل بالشام، فجعل عمر ديته ألف دينار، وهذا معضل.

(٢) في ز: ثانيهما.

(٣) في الروضة: ملاحدة في دينهم.

(٤) سقط في ز.

(٥) في ز: تقديمهم.

(٦) في.

وثلثان، وإذا أثبتنا البدل، فهو من الذَّهب ستة وستون ديناراً [وثلثا دينار](١)، ومن الوَرِقِ ثمانمائة درهم. وقال أبو حنيفة: ديته كدية المسلم.

واحتج الأصحاب بأن ما ذكرناه قد روي عن عمر، وعثمان، وابن مسعود ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ـ قالوا: ولا مخالفة لهم من الصحابة ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ـ فصار ذلك إجماعاً، واستأنس الشَّارح لـ«مختصر الجويني» الاعتبار خمس دية اليهودي والنصراني بأن قال: لليهود والنصارى كتاب ودِيْن كان حقاً بالإجماع(٢) وتحلّ مناكحتهم، وذبائحهم، ويقرون بالجزية، وليس للمجوس من هذه الأمور الخمسة إلاّ التقرير بالجزية، فكانت ديتهم خمس ديتهم، ولا يخفى أن الدية في الصنفين إنما تجب إذا كان القتيل(٣) معصوماً إما بِعَقْدِ الذّمة، أو بعهد جرى معهم مؤقتاً، أو بأمان مثل أن دخل رسولاً، أو تاجراً(٤)، ودية نسائهم على النصف من ديّة الرجال، وفي شرح «مختصر الجويني» وجه أن دية نساء المَجُوس كَدِيَةِ رجالهم؛ لأن ديتهم أقل الديات، والأقل يحطّ منه شيء، كما أن [أقل](٥) النفقات تستوي فيه الخَادِمة والمَخْدومة.

وفي «أمالي أبي الفرج» ذكر هذا الوجه في المَجُوس، وسائر الكفار الذين يجب فيهم مِثْل دية المجوسي، وشبه أقل الدية بغُرَّةِ الجنين لا يختلف بالذكورة والأنوثة، والظاهر المشهور الأول، فتكون دية اليهودية والنصرانية بالدراهم [أربعة آلاف] درهم، ودية المجوسية أربعمائة درهم.

وعلى هذا قياس الأطراف ففي أصبع اليهودي والنصراني أربعمائة درهم وفي موضحته مائتا درهم، وفي أصبع المجوسي ثمانون درهماً، وفي موضّحته أربعون، ويراعى في ديات هؤلاء التغليظ والتخفيف، وإذا قتل اليهودي عمداً أو شبه عمد وجبت عَشر حِقَاق، وعشر جِذَاع، وثلاث عشر خَلِفَة وثلث، وإذا لم يوجد ما يقتضي التغليظ وجب من بِنْت المَخَاض ستة وثلثان، وكذلك من بَنَات اللَّبُون، وسائر الأخماس، وفي المجوسي عند التغليظ يجب حِقَّتان وجَذَعتان وخَلَفتان وثلثا خَلَفة، وعند التخفيف بنت مَخَاض وثلث، وبنت لبون وثلث، وكذلك من سائر الأخماس.

الصنف الثالث: الكافر الذي ليس له كتاب، ولا شبهة كتاب كَعَبَدَةِ الأوثان والشمس والقمر، والزّنَادقة، وفي معناهم المرتدون، فهؤلاء لا يفرض لهم عَقْد ذمّة، ولكن لو فرض أمان بأن دخل بعضهم رسولاً كفينا وبذلك عن قتله، فلو قتله قاتل

---

(١) سقط في ز.
(٢) في ز: بالاجتماع.
(٣) في ز: القتل.
(٤) في ز: بأجر.
(٥) سقط في ز.

وجبت أَخَسُّ الديات، وهي دية المَجُوسي والوثني، وعابد الشمس والقمر، ولا يجب في المرتد شيء، فإنه مقتول بكل حال، وليس من أهل الأمان.

قال الإمام: ولو تحزبت طائفة من المرتدين، ومست الحاجة إلى سماع رسالتهم، فإذا جاءنا رسول منهم فقيل: لا يتعرض له، لكن لو قتل لم يتعلّق بقتله ضمان، وفي الزنديق للشيخ أبي محمد تردّد أنه يلحق بالمرتد، أو الوثني.

والأصح إلحاقه بالوثني؛ لأنه لم يسبق منه التزام الإسلام، وكأن إلحاقه بالمرتدين من جِهَةِ أنه يظهر الإسلام، وإن كان يستتر بالكُفْر، فإظهاره للإسلام يجعل كإسلام المرتد من قبل، ومن لا عَهْدَ له ولا[1] ذمة ولا أمان من الكفار لا ضمان في قتله على أي دين كان المرتد[2] وجميع ما ذكرناه في الكَافِرِ الذي بلغته دعوتنا، وخبر نبينا ﷺ.

أما من لا يبلغه دعوتنا، فلا يجوز قتله قَبْل الإعلام، والدعاء إلى الإسلام، ولو قتل، كان مضموناً خلافاً لأبي حنيفة، وبني الخلاف على أنه مَحْجُوج عليه بالعَقْدِ عنده، وعندنا من لا تثبت لم تبلغه الدعوة الحُجّة، ولا تتوجه المُؤَاخذَة، قال تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً﴾ [الإسراء: ١٥] وبم يضمن؟ أما الكفارة[3] فتجب بلا تفصيل، ثم له أحوال ثلاث:

إحداها: إذا لم تبلغه دعوة نبي أصلاً، فعن القَفَّال أنه يجب القِصَاصُ بقتله، فإنه لم يوجد منه عناد وإنكار، وهو على الفِطْرَةِ الأصلية بأسرها لم يجب ألاَّ أرْشُ والظاهر أنه لا قصاص لعدم التكافؤ ونقل نصان في أنه تجب الدية الكاملة أخس الديات فأقامهما بعض الأصحاب قولين يوجه أحدهما بأنه معذور والآخر بأنه لا دين له وقطع آخرون بوجوب الأخس وحمل النص الآخر على الحالة الثانية.

الثانية: إذا كان متمسك بدين لم يبدل ولم يبلغ ما يخالف ففيه الوجه الذاهب إلى وجوب القصاص وهو أقرب ها هنا لأن الدين الذي لم يُبَدَّلْ حقٌ وهو في التمسك به محسنٌ والحالة هذه، وإذا قلنا لا يجب القصاص وهو الظاهر ففي الدية الواجبة وجهان أحدهما: الدية الكاملة والثاني: دية أهل ذلك الدين فإن منصب ذلك الدين لا يقتضي الزيادة عليها.

الثالثة: إذا كان متمسك بدين لحقه التبديل لكنه لم يبلغه ما يخالفه فلا يجب

---

(١) سقط في ز.

(٢) قال النووي: قد سبق خلاف في الذمي والمرتد إذا قتلا مرتداً هل تجب الدية؟ فإن أوجبناها فهي دية مجوسي، ذكره البغوي.

(٣) في ز: الكفار.

القصاص بقتله لتعلقه بالدين المغير وكذلك الدية الكاملة وفيما يجب ثلاثة أوجه أحدها دية أهل ذلك الدين والثاني أخس الديات والثالث ذكره الإمام أنه لا يجب شيء لأنه ليس على دين حق ولا عهد له ولا ذمة وامتناعنا عن قتله كالامتناع عن قتل النساء والذراري والأشبه بالترجيح في الحالة الأولى والثالثة وجوب أخس الديات، وفي الثانية دية أهل ذلك الدين ومن أسلم في دار الحرب ولم يهاجر مع التمكن من المهاجرة أو دونه فقتله مسلم تعلق بقتله القصاص أو الدية، والعصمة بالإسلام على ما قاله ﷺ: «فإذا قالوها عصموا مني دمائهم وأموالهم إلا بحقها» وعند أبي حنيفة لا يتعلق العصمة بالدار وقوله في الكتاب: ثلث دية المسلم مُعلم بالحاء والميم والألف وقوله ثمانمائة درهم بالحاء ويجوز أن يعلم بالواو لأن وجوب هذا المِقْدَار تتفرع على أن للإبل بدلاً مقدراً من التقدير، وقوله: «كالمسلم المهاجر في العصمة» معلم بـ«الحاء» وقوله: «فلا دية لهم» بـ«الواو».

اَلْبَابُ الثَّانِي فِيمَا دُونَ النَّفْسِ

قال الغَزَالِيُّ: **وَهَذِهِ الجِنَايَةُ إِمَّا جُرْحٌ أَوْ إِبَانَةٌ أَوْ إِبْطَالُ مَنْفَعَةٍ (النَّوْعُ الأَوَّلَ الجُرْحُ) وَفِي جَمِيعِهِ الْحُكُومَةُ إِلاَّ فِي المُوْضِحَةِ فَفِيهَا خَمْسٌ مِنَ الإِبْلِ، فَإِنْ صَارَتْ هَاشِمَةً فَعَشْرٌ (م و)، وَإِنْ صَارَتْ مُنَقِّلَةً فَخَمسَ عشَرَ، وَإِنْ صَارَتْ مَأْمُومَةً فَثُلُثُ الدِّيَةِ، وَكَذَا الثُّلُثُ فِي كُلِّ جَائِفَةٍ، وَالجَوْفُ مَا فِيهِ قُوَّةٌ مُحِيلَةٌ كَالبَطْنِ وَالدِّمَاغِ وَالمَثَانَةِ وَدَاخِلِ الشَّرَجِ، وَأَمَّا بَاطِنُ الإِحْلِيلِ وَالفَمِ وَدَاخِلُ الأَجْفَانِ فَفِيهَا وَجْهَانِ، وَهَذِهِ المُقَدَّرَاتُ تَخْتَصُّ بِعَظْمِ الرَّأْسِ وَالوَجْهِ سِوَى الجَائِفَةِ فَإِنَّهَا تَتَقَدَّرُ عَلَى سَائِرِ البَدَنِ، وَأَمَّا المُنَقِّلَةُ وَالهَاشِمَةُ فِي سَائِرِ الْبَدَنِ فَفِيهَا الحُكُومَةُ، وَنَعْنِي بِخَمسٍ مِنَ الإِبِلِ فِي المُوضِحَةِ نِصْفَ عُشْرِ الدِّيَةِ فَيَجِبُ بِمِثْلِ نِسْبَتِهِ فِي الذِّمِّي وَالمَرْأَةِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قد بان في البَاب الأول قدر الدية الواجبة بقتل النفس وحقيقتها، والمقصود من هذا الباب بيان ما يجب من الدِّيَةِ فيما دون النَّفس، والجناية على ما دون النفس كما سبق في باب الجراح ثلاثة أنواع: جرح، وإبانة طرف، وإزالة منفعة وإبطالها:

النّوع الأول: الجراحات وهي قسمان:

الأول: غير الجَائِفة ولنتكلم في جراحات الرَّأس والوجه من هذا القسم، ثم في الجراحات الواقعة في سائر البدن، أما الواقعة في الرأس والوجه ففي الموضّحة خمس من الإبل لما روي عن عمرو بن حزم ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أن النبي ﷺ قال في الكتاب

الذي كتبه إلى أهل اليمن: «وفي المُوَضّحَةِ خَمْسٌ مِنَ الإِبِلِ»[(١)].

وعن عمر ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ عن النبي ﷺ مثله[(٢)]، ولا فرق بين أن تكون الموضّحة على الهَامَةِ، أو النَّاصِيَةِ، أو القذال[(٣)] أو الخُشَّاء وهي العَظْمة التي تنطبق عليها صَدَفة الأذُن، أو منحدر[(٤)] القَمَحْدوَة إلى الرَّقبة.

وذكر في العَظْمة الواصلة بين عَمُودِ الرّقبة، وكرة الرأس وجه أنها ليست في محلّ الموضحة كالرقبة، ويشبه أن تكون هي المُنْحدر المذكور، أو تكون هي منه، والجبهة من الوجه والجبينان والخَدّ وقَصَبة الأنف واللّحْيَان كلها محلّ الإيضاح، ولا فرق في ذلك بين المقبل بين اللّحيين الذي تقع به المواجهة، وبين ما تحت المقبل وإن كان ما تحت خارجاً عن حَدّ المغسول[(٥)] في الوضوء، وذلك لأن اسم الموضحة شامل لجميعها.

وقال مالك: الموضحة على الأنف واللّحى الأسفل لا توجب إلا الحكومة لبعدها عن الدِّمَاغ، والذي ورد أن في الموضحة خمساً من الإبل في حقّ من تجب الدية الكاملة بقتله، وهو الحر المسلم الذكر، وهذا المبلغ نصف عشر ديته فتراعى هذه النسبة في حق غيره حتى يجب في موضحة اليهودي نصف عشر ديته، وهو بعير وثلثان، وفي موضحة المرأة نصف عشر ديتها، وهو بعيران ونصف، وفي موضّحة المجوسي ثلثا بعير، وقد ذكرنا تقدير إبدالها بالدراهم من قبل إن جعلنا للإبل بدلاً مقدراً، هذا الذي ذكرناه ظاهر المذهب المشهور في الموضّحة. وفي شرح «مختصر الجويني» أن الإِصْطَخْرِي قال: يجب في موضحة الوجه أكثر الأمرين من خمس من الإبل، وقدر الشّين يعني الحُكُومة، وأن ابن القطان حَكَى مثله عن أبي محمد الفارسي، ولا تفريع في هذا.

وإذا هشم العَظْم مع الإيضاح وجب عشر من الإبل، وإن نفذ مع ذلك وجب خمسة عشر. وأما أرش المُنقّلة، فهو مروي في خبر عمرو بن حزم ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ منصوص عليه.

وأما وجوب العشر في الهَاشِمة، فقد حكى الإمام عن الأصحاب خلافاً في مأخذه، وذكر أن بعضهم روى عن زيد بن ثابت ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أن النبي ﷺ أوجب

---

(١) تقدمَ.

(٢) أخرجه البزار، وفي الباب عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده في السنن الأربعة، ورواه عبد الرزاق عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب مرسلاً.

(٣) القذال بفتح القاف، والخشاء بضم الخاء المعجمة وفتح الشين المعجمة بعدها همزة ممدودة.

(٤) في ز: متحد.

(٥) في ز: المقبول.

في الهَاشِمة عشراً من الإبل[١]، وأن منهم من قال: لم يرد فيه خبر، وإنما قدر الواجب فيه بالاجتهاد، وذلك لأنها متوسّطة بين شجتين لكل واحد منهما أرْش مقدّر، فيكون لهما أرش مقدر كالمُنَقِّلة، وهذا ما يوجد لعامة الأصحاب، ورواية عن زيد ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ موقوف عليه وقال مالك: يجب في الهَاشِمة أرش موضّحة، وحكومة.

وفي أمالي أبي الفَرَج السَّرخسي نقل قول عن القديم كمذهب مالك، وإذا وصلت الجِرَاحَةُ إلى الخَرِيطَةِ المُحيطة بالدِّمَاغ، وهي المأمومة، ففيها ثلث الدية، روي ذلك عن النبي ﷺ برواية عمر[٢] ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ وفي كتاب عمرو بن حزم[٣] ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ لأن المأمومة جراحة وصلت إلى الجَوْف، وفي الجَائِفَة ثلث الدية على ما سيأتي إن شاء الله تعالى.

وأما الدَّامِغَة الخَارِقة للخريطة[٤]، ففيها طريقان ذكر الشيخ أبو حامد، ومن تابعه أن فيها ثلث الدية كالمأمومة، وأنه لا فرق بين أن تَخْرق الخريطة، أو لا تخرقها، وحكى ذلك عن نص الشافعي ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ فيما رواه القاضي الرُّوياني عن القاضي الطَّبري، وأشار إلى القطع به، وفي «المهذب» أن أقضى [القضاة][٥] الماوردي أوجب فيها مع ثلث الدية حكومة لخرق الخريطة.

والطريقة الثانية: حكى الفوراني وجماعة أن في الدَّامِغَة تمام الدية؛ لأنها [تذفف][٦] وعلى هذا جرى الإمام، وقال: ليست الدامغة من الجِرَاح، وإنما توحى وتذفف تَذْفِيف حز الذقنة، والأولون كأنهم يمنعون كونها مذففة، ولو هشم العَظْم ولم يوضح، فوجهان:

أحدهما: وبه قال ابن أبي هريرة أن الواجب فيه الحكومة؛ لأنه كسر عَظْم بلا إيضاح، فأشبه كسر سائر العظام.

وأصحهما: وبه قال أبو إسحاق، ويقال: إن القفال قطع به أنه يجب، فيه خمس من الإبل؛ لأنه لو أوضح، وهشم وجب عشر من الإبل[٧]، ولو تجرّد الإيضاح لم

---

(١) أخرجه الدارقطني موقوفاً، وكذا أخرجه عبد الرزاق والبيهقي. قاله الحافظ في التلخيص.
(٢) أخرجه البيهقي وسنده ضعيف، لكنه في سنن أبي داود من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وقال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على القول به إلا مكحولاً، فإنه فرق بين العمد، والخطإ، فقال: الثلث في الخطإ، وفي العمد ثلثا الدية. قاله الحافظ في التلخيص.
(٣) تقدم.
(٤) في هامش أ: الخريطة: الدماغ.
(٥) سقط في ز.
(٦) سقط في ز.
(٧) وتوجيهه أن جنايته هي النسبة في الإيضاح، لكن أسقطه في المحرر والمنهاج لأن البط والشق من فعل المجروح فلا يكون مضموناً على الجاني.

يجب إلا خمس، فيكون الخمس في مقابلة الهَشْم، فيجب عند تجرُّد الهَشْم. وفي «منهاج الجويني» أن الشافعي ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ نصّ على الوجه الثاني، ولو نقل العَظْم من غير إيضاح، فالواجب الحكومة، أو عشر من الإبل، فيه مثل هذين الوجهين.

وفي «الرّقم» وغيره أن موضع الوجهين ما إذا لم يحوج الهَشْم إلى البَطّ والشَّق لإخراج العظم وتقويمه فإن أحوج إليه، فالذي أتى به هاشمة يجب فيه ما يجب في الهاشمة.

وإذا أوضح واحد، وهشم آخر، ونَقّل ثالث، وأمّ رابع، فعلى الأول القصاص، أو خمس من الإبل، وعلى الثاني خمس [من الإبل]، وعلى الثالث خمس [من الإبل]، وعلى الرابع فَضْل أرش المأمومة وعلى أرش المُنَقّلة، وهي ثمانية عشر وثلث، بعير هذا هو الصحيح وفي كتاب القاضي ابن كَجّ وغيره وجه آخر أنهم يجعلون شركاء [في][1] المأمومة، فيكون ثلث الدية[2] عليهم أرباعاً، ولو جاء خامس وخَرَق خَرِيطَة الدِّمَاغ، ففي «التهذيب» أن عليه دِيَةَ النفس كمن حَزَّ رقبة إنسان بعد ما قطعت أطرافه، وهذا على طريقة من قال: إن الدامغة مذففة، وأما ما قبل الموضّحة من الشّجَاج كالدَّامِيَة[3] والخَارِصة والبَاضِعَة والمتلاحمة فليس فيها أرش مقدر، لأن التقدير يعتمد التوقيف، ولم يرد فيه توقيف، وقد روي عن مكحول ـ رحمه الله ـ مرسلاً أن النبي ﷺ جعل في الموضّحة خمساً من الإبل[4]، ولم يوقف فيما دون ذلك شيئاً، ثم منهم من أطلق بأن الواجب فيها الحكومة.

وقال الأكثرون[5]: إن لم يمكن معرفة قدرها من الموضحة، فكذلك، ولا تبلغ حكومتها أرش موضحة، وإن أمكن أن يعرف قدرها بأن كان على رأسه موضحة إذا قيس بها البَاضِعة أو المتلاحمة عرف أن المقطوع نصف، أو ثلث في عمق اللحم، فيجب قسطه من أرشّ الموضحة، وإن شككنا في قدرها من الموضّحة أوجبنا التَّعيين. قال الأصحاب: وتعتبر مع ذلك الحكومة، ويجب أكثر الأمرين من الحُكُومة، وما

---

(١) سقط في ز. (٢) في ز: الثلث.

(٣) في أ: الدامغة.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة والبيهقي من طريق ابن إسحاق عنه به وأتم منه، وروى عبد الرزاق عن شيخ له عن الحسن: أن رسول الله ﷺ لم يقض فيما دون الموضحة بشيء، ورواه البيهقي عن ابن شهاب وربيعة وأبي الزناد وإسحاق بن أبي طلحة مرسلاً. قاله الحافظ في التلخيص.

(٥) ما نقله عن الأكثرين قد نوزع فيه فإن الذي نسبه الماوردي لجمهور الأصحاب إنما هو وجه الحكومة وهو ظاهر نص الشافعي وكأنه يشير إلى قوله في الأم ولم أعلم أن رسول الله ﷺ قضى فيما دون الموضحة من الشجاج بشيء.

يقتضيه التّقسيط؛ لأنه وجد بسبب كلّ واحد منهما فيعتبر الأكثر كما سَيأتي في قَطْع بعض اللسان، وذهاب بعض الكلام.

وعن الشيخ أبي محمد أن الخلاف في أن الواجب في المُتَلاَحِمَةِ الحكومة، أو يقدر أَرْشُهَا بالنسبة إلى العُمْق مبني على الخلاف الذي تقدّم في أنه هل يجب في المُتَلاَحمة القصاص؟ هذا الكلام في الجراحات على الوجه والرأس.

وأما الجراحات على سائر البَدَنِ فليس في إيضاح عِظَامه، ولا هَشْمها ولا في النّقْل أرش مقدر، ووجهوه أن الأخبار الواردة كالموضحة والهَاشِمة والمُنَقّلة لا يتناولها من جِهَةِ اللّفظ لاختصاص هذه الأشياء بجراحات الرأس والوجه، كاختصاص اسم الشِّجَاج، وليست هي في معانيها[1]؛ لأن الخوف والخَطَر في جراحات الرأس والوجه أعظم والشَّيْن فيها أشدّ تأثيراً لوقوع النظر عليهما، وتعلّق الجَمَال بهما، وأيضاً فأرش نفس العضو لا ينبغي أن ينقص عن أرش الجناية على العضو، وليس في الأُنْمُلَة الواحدة إلا ثلاثة أبْعِرَة وثلث، فكيف نوجب في إيضاح عظمها خمساً من الإبل؟

القسم الثاني: من الجراحات الجَائِفة، ففيها ثلث الدية لما روي في كتاب عمرو بن حزم ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ عن النبي ﷺ: «أَنَّ فِي الجَائِفَةِ ثُلُثَ الدِّيَةِ». وعن رواية عمر ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ مثله، والجائفة الجِرَاحة الوَاصِلَة إلى الجَوْف كالمأمومة الواصلة إلى أم الدِّمَاغ، وكذا الجراحة الواصلة إلى الجوف من البَطْن، أو الصدر، أو ثغرة النحر، أو الجنين، أو الخَاصِرة أو الورك أو من العجان إلى داخل الشرج والعجان هو ما بين الخصية والفَتْحة، وكذا الجراحة النّافِذَة إلى الحَلْق من القَفَا أو الجانب المقبل[2] من الرَّقَبة، والنّافذة إلى[3] المَثَانة[4] من العانة، وفي النّافذة إلى مَمَّر البَوْل من الذَّكَر وجهان:

أحدهما: أنها جائفة لحصولها من الظَّاهر والباطن.

وأظهرهما: المنع؛ لأنه لا يعدّ من الأجواف، وليس فيه قوة تحيل الغذاء والدواء، وإنما يقدر الأرش في الجِرَاحَةِ الوَاصلة إلى الجوف الذي فيه هذه القوة لزيادة الخَطَر فيها، ولو نفذت الجراحة إلى داخل الفَم بهشم الخَدّ أو اللّحى، أو بخرق الشَّفة، أو الشّدق، أو إلى داخل الأنف بهشم القَّصَبة، أو بخرق المَارِن، فهل هي جائفة؟ فيه قولان، ويقال: وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنها جراحة وصلت إلى الباطن من الظَّاهر، فأشبهت الجراحة الواصلة إلى جوف الرأس والبطن.

---

(١) في أ: معناها.
(٢) في ز: المقفل.
(٣) في ز: من.
(٤) في ز: إلى.

وأظهرهما: المنع؛ لأنهما ليسا من الأجواف الباطنة، ألا ترى أنه لا يحصل الفِطْر بما يصل إليهما، ولا يعظم فيهما الخَطَر، بخلاف ما يصل إلى جوف الرأس والبطن.

ومنهم من خصص الخلاف بما إذا نفذت الجِرَاحة إلى الفم والأنف بِهَشْمِ العظم، وقطع فيما إذا نفذت بِخَرْقِ الشَّفَةِ وَالمَارن أنها لا تكون جائفة، فإن جعلنا الجراحة النافذة إلى الفم والأنف جائفة، فكذلك وإلا ففي[١] صورة هشم[٢] العظم يجب أرش هاشمة[٣]، أو منقلة وزيادة حكومة للنفوذ إلى الفم والأنف، ولا تدخل حكومة الخرق في أرش الهاشمة أو المُنَقِّلة؛ لأنها جناية أخرى، ويجري مثل الخلاف المذكور في الجِرَاحة الواصلة إلى الفمّ والأنف في الجراحة الخارقة للجفن إلى بيضة العين، ففي وجه هي جائفة.

وفي وجه ليس فيها إلا الحكومة وهو الأظهر، ولو وضع السِّكِّين على الكَتِفِ وحَزَّه حتى بلغ البَطْن، أو على الفَخِذِ وَحَزّه[٤] حتى بلغ البطن، وأجَاف فعليه مع أرش الجائفة حكومة بجراحة الكتف والفَخِذ فإنها في غير محل الجائفة، وبخلاف ما لو وضعه على صدره وحَزَّه حتى أجَاف في البطن، أو في ثغرة النحر حيث لا تجب الحكومة مع أرش الجائفة، لأن جميعه على الجائفة، ولو أجاف في جميعه لم يلزم إلاّ أرش الجائفة، فلأن لا يلزم الجائفة في البعض كان أولى.

ولا فرّق بين أن يجيف بحديدة، أو بخشبة محددة[٥] الرأس[٦] ولا [فرق] بين أن تكون الجائفة واسعةً أو ضيقة حتى لو غَرَزَ فيه إبْرَة، فوصلت إلى الجَوْف، فقد أجافه.

وعن ابن القَطَّان أن من الأصحاب من قال: إنما يعطى له حكم الجائفة إذا قال أهل الخبرة: إنه يخاف منه الهلاك.

وقوله في الكتاب: «ففيها خمس من الإبل» معلم بـ«الواو».

وقوله: «في الهاشمة» معلم بالميم والواو.

وقوله: «والجوف ما فيه قُوَّة مُحِيلةٌ ليس المقصود منه حَصْر الجوف، والجائفة فيما فيه قوة محيلة للخلاف المذكور على الأثر في باطن الإِحْلِيل، وباقي المَسَائل فإن من يقول: إن الجراحة الواصلة إليها جائفة لا يقول بالحصر، ولكن الغرض أن نبيّن أن الواصل إلى ما فيه تلك القوة جائفة بالاتِّفَاق، وفي الواصلة إلى سائر الأجواف خلاف.

---

(١) سقط في ز.
(٢) سقط في ز.
(٣) في ز: جائفة.
(٤) في ز: وجرّه.
(٥) في ز: مخففة.
(٦) قضيته اشتراط التحديد سواء كان تحديداً أو بغيره من المحدود.

وقوله: «فأما المُنَقِّلة والهاشمة في سَائِرِ البَدَن، ففيها الحكومة» مستغنًى عنه؛ لأنه قد ذكر من قبل أن في الجُرُوحِ جميعها الحكومة إلا في الموضّحة والهاشمة والمُنَقّلة والمأمومة والجائفة، وبين أنَ التقدير فيما سوى الجَائِفَةِ تخصيص بالرأس والوجه، والمقدّمتان معرفان أن الهاشمة والمنقلة في سائر البدن لا ينفذ الواجب فيها.

وقوله: «ونعني بخمس من الإبل في الموضحة. . .» إلى آخره المراد به: أن الخمس بعينها لا تجب أرشاً في كل موضّحة، وإنما تجب في موضحة الرجل الكامل، وهو نصف عشر ديته، فتقاس به موضحة غيره كما بَيّنّا.

قال الغَزَالِيُّ: **وَمَهْمَا اتَّحَدَتِ المُوضِحَةُ فَأَرْشٌ وَاحِدٌ وَلَوِ اَسْتَوْعَبَ الرَّأْسَ، وَتَعَدُّدُهَا إمَّا بِاَخْتِلاَفِ الصُّورَةِ أو المَحَلِّ أو الحُكْمِ أَوِ الْفَاعِلِ (أَمَّا الصُّورَةُ) فَمُوضِّحَتَانِ فِي مَوْضِعَيْنِ فِيهِمَا أَرْشَانِ، فَإِنْ رَفَعَ الجَانِي الحَاجِزَ تَدَاخَلَ الكُلُّ إِلَى وَاحِدٍ، وَإِنْ رَفَعَ غَيْرُهُ لَمْ يَتَدَاخَلْ، فَإِنْ لَمْ يَبْقَ بَيْنَ المُوَضِّحَتَيْنِ حَاجِزٌ سِوَى الجِلْدِ أَوِ اللَّحْمِ اتَّحَدَ عَلَى وَجْهٍ، وَتَعَدَّدَ عَلَى وَجْهٍ، وَيَتَّحِدُ بِبَقَاءِ اللَّحْمِ دُونَ الجِلْدِ عَلَى وَجْهٍ (وَتَعَدُّدُ المَحَلِّ) بِأَنْ يُخْرِجَ المُوَضِّحَةُ الوَاحِدَةِ مِنَ الرَّأْسِ إِلَى الجَبْهَةِ، وَفِي تَعَدُّدِ الأَرْشِ وَجْهَانِ (وَتَعَدُّدُ الفَاعِلِ) بِأَنْ يُوَسِّعَ إِنْسَانٌ مُوضِّحَةَ غَيْرِهِ فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ أَرْشٌ، وَإِنْ كَانَ هُوَ المُوَسِّعَ لَمْ يَزِدْ إِلَى الأَرْشِ (وَتَعَدُّدُ الحُكْمِ) بِأَنْ يَكُونَ بَعْضُ المُوضِّحَةَ عَمْداً وَبَعْضُهَا خَطَأً أَوْ بَعْضُهَا قِصَاصاً وَبَعْضُهَا عُدْوَاناً، وَفِي نُزُولِهِ مَنْزِلَةَ تَعَدُّدِ الصُّورَةِ وَجْهَانِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لاَ فَرْقَ بين أن تكون الموضّحة صغيرة أو كبيرة واسعةً، ولا يجب فيها إلا خمس من الإبل، ويتبع اسم المُوَضِّحة، ولا فرق بين البارزة والمَسْتُورة بالشَّعَرِ، ولا بين التي يتولّد منها شَيْن قبيح، وبين التي لا يتولّد، وإذا تعددت الموضّحة تعدد الأرش، وتعددها يفرض بأسباب:

أحدها: اختلاف الصورة بأن أوضح رأسه في موضعين، وبقي الجلد واللحم بينهما كما كانا فيجب أرْشَان، ولا فرق بين أن يرفع الحديدة عن موضحة ثم يضعها على موضع آخر، فيوضحه، وبين أنْ يَجُرَّها على الرأس موضع الإيضاح إلى أن يتحامل عليها في موضع آخر، فيوضحه والجلد واللحم بينهما سليمان.

وحكى الإمام في الحالة الثانية وجهاً ضعيفاً أن الحاصل موضّحة واحدة لاتحاد الفِعْلِ، وتواصل الحركات، ولو كثرت المَواضِح، تعدد الأرش بحسبها، فلا ضبط.

وفيه وجه أنها إذا كثرت، وصارت بحيث لو أوجبنا لكل واحد خمساً من الإبل لزاد المبلغ على دية النفس، فلا نوجب أكثر من دية النفس، كما أنا على قول لا نوجب

[في][1] قَلْع الأسنان كلها إلا دية النفس، والصحيح الأول، وقطع به القاضي ابن كَجٍّ، وفرق بين الموضّحات، والأسنان بأن الأسنان معلومة مَضْبُوطة كالأصابع، فجاز ألا يزاد بَدَلها على دية النفس كالأصابع والموضحات ليست مضبوطة قدراً ولا عدداً، فيجب[2] أرشها بحسب وجودها، ولو لم يَبْقَ الحاجز من موضعي الإِيضاح بكماله، ولكن بقي الجلد دون اللحم، أو بالعكس ففيه وجوه جمعها الإمام وصاحب الكتاب.

وأصحها: أن الحاصل موضّحة واحدة، وإنما يثبت التعدد إذا اتفقا جميعاً؛ لأنه إذا زال أحدهما، فقد أثبت الجناية على الموضع كله، وهي فيما بين موضعي الإيضاح متلاحمة، أو نحوها، ولو استوعب الإيضاح الموضع كله لما وجب إلا أرش واحد، فهاهنا أولى.

والثاني: أن الحاصل موضّحتان، ويكتفي بما بقي منهما حاجزاً اتباعاً لصورة الوضوح[3].

والثالث: أن اللحم وحده يصلح حاجزاً دون الجَلْدِ، فإن بقي الجلد وحده[4] فهي موضحة واحدة وإن بقي اللحم وحده، فهما موضحتان؛ لأن اللحم هو الساتر للعظم المنطبق عليه، فيكون الاعتبار به.

والرابع: أن الجلد يصلح حاجزاً دون اللحم، فإذا بقي الجلد، فهما موضّحتان؛ لأن الجلد هو الذي يظهر للناظرين، فإذا بقي على اتصاله لم يكن العظم واضحاً، ومنهم من قطع بأن اللحم وحده لا يصلح حاجزاً، ونفى الوجه الثالث.

وإذا قلنا: لا يثبت التعدُّد إلا إذا بقيا جميعاً، فلو أوضح في موضعين. ثم أوغل الحديدة ونفذها من الموضّحة إلى الموضحة في الداخل، ثم سَلَّهَا، فهل يقال بأنهما اتَّحَدَا؟ حكى الإمام فيه وجهين، ولو عاد الجاني [ورفع الحاجز][5] بين الموضّحتين قبل الانْدِمَالِ عاد الأَرْشَان إلى واحد، وكان كما لو أوضح في الابتداء موضّحة واسعة.

قال الإمام: وهذا مستمرّ على النَّص في تداخل الدِّيَات إذا قطع يديه ورجليه، ثم حَزّ رقبته.

وخرج ابْنُ سريج أنها لا تتداخل على ما سيأتي إن شاء الله ـ تعالى ـ فعلى قضية تخريجه يلزم ها هنا برفع الحاجز أرش ثالث، ونقل القاضي ابن كَجّ وجهاً أنه لا يجب عليه لدفع الحاجز شيء، لكن لا يسقط[6] به شيء من الأرش؛ لأن زيادة الجِنَاية تبعد

---

(١) سقط في ز.
(٢) في ز: فجاز.
(٣) في ز: الموضوح.
(٤) سقط في ز.
(٥) سقط في ز.
(٦) في ز: الإسقاط.

أن تكون مسقطة لما وجب ظَاهر المذهب الأول، ولو تآكل[١] الحاجز بينهما كان كما لو رفعه الجَاني؛ لأن الحاصل بِسَرَايَةِ فعله منسوب إليه[٢] كالحاصل بفعله، ولو رفع الجلد أو[٣] اللحم أو تآكل أحدهما دون الآخر، ففيه الخلاف المذكور، ولو رفع الحاجز غير[٤] الجاني، فعليه أرش موضحة، وعلى الأول أرشان، ولا يبنى فعل الثاني على فعل الأول، بخلاف ما إذا كان الجاني واحداً، ولو رفعه المجني عليه، ففعله هدر، ولا يسقط به شيء مما وجب على الجاني، ولو أوضح رأسه اثنان كلّ واحد منهما[٥] موضحة، فتآكل الحاجز بينهما عادتا إلى واحدة، وعلى كل واحد منهما نصف الأرش، ولو اشتركا في موضّحتين، ثم رفع أحدهما الحاجز بينهما، فعلى الذي رفع نصف أرش موضّحة، وعلى الآخر أرش موضحة، لأنهما عادتا إلى موضحة واحدة في حق رافع الحاجز، دون الآخر ذكره في «البيان» ولو شَجَّه شَجَّةً منها مُتَلاَحمة أو سِمْحَاق، ومنها موضّحة، فالواجب فيهما أرْش موضّحة وتدخل فيه حكومة المُتَلاَحمة والسِّمْحَاق؛ لأنها لو كانت موضحة بأسرها لم يجب إلا أرش موضّحة، فهنا أولى، وإذا اقتصّ فيها من الموضّحة، فهل له أخذ الحكومة لما حولها من المُتَلاَحمة والسِّمْحَاق؟

قال صاحب «التهذيب» يحتمل أن يكون على وجهين كما لو قطع يده من نصف الكَفّ فاقتصّ المجني عليه من الأصابع، هل له حكومة نصف الكفّ؟ فيه وجهان:

والسبب الثاني: اختلاف المحلّ، فلو نزل في الإيضاح من الرأس إلى الجبهة، إما لشمول [اسم][٦] الإيضاح، أو بأن أوضح شيئاً من الرأس، وشيئاً من الوجه وجرح[٧] بينهما جراحة، دون الموضّحة، ففيه وجهان:

---

(١) في ز: تأكد.

(٢) وهذا نص عليه الشافعي في الأم وجرى عليه الأصحاب وقال القاضي أبو الطيب في تعليقه أنه لا خلاف فيه، وحاول ابن الرفعة تخريج وجه فيه موضعين أحدهما: أن السراية إلى الأجسام في جناية العمد هل يكون أرشها في مال الجاني حالاً أو على العاقلة إلحاقاً له بالخطأ وفيه وجهان تفريعاً على الأصح له لا قصاص فيها. ثانيها: أن يتفرع الإيضاح الواحد إلى عمد وخطأ هل يكون كاختلاف الجاني أم لا وفيه خلاف وحينئذ فيقال إن كان جرح كل موضحة عمداً وقلنا، إن العمد كالخطأ وإن اختلاف الموضحة الواحدة إلى عمد وخطأ كموضحتين من شخصين لم يتحد الأرش بل يجب ثلاث أروش واحد على العاقلة واثنان على الجاني والأوجب أرش واحد على الجاني في وجه، وعليه وعلى عاقلته في آخر. وإن كان جرح كل من الموضحة خطأ بأرش ما سرى إليه الجري على العاقلة، ولو كان جرح كل موضحة خطأ اتخذ الأرش عند السريان جزماً.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: عند.

(٥) سقط في ز.

(٦) في ز: وخرج.

أحدهما: أن الحاصل موضحة واحدة، والواجب أرش واحد؛ لأن الجبهة[١] والرأس كليهما محلّ الإيضاح، فأشبه ما إذا أوضح رأسه في موضعين، وجرح ما بينهما.

وأصحهما: أن الحاصل موضحتان؛ لأن الرأس والوجه عُضْوَان مختلفان، ولهذا قلنا: لو أوضح رأس غيره، ورأس الشَّاجّ أصغر من رأسه لا يجوز النزول في القصاص إلى الجَبْهَةِ، وذلك لاختلاف المحلين[٢]، ولو شملت الموضّحة الجبهة، والوَجْنة.

قال الإمام: في الاتحاد تردد، والأظهر الاتحاد تنزيلاً لأجزاء الوجه منزلة أجزاء الرأس، وقد سبق في القِصَاصِ حكاية وجه أنه إذا كانت ناصية الجَانِي أصغر لا يعدل إلى غير الناصية، فقضية ذلك الوجه إذا وقعت المُوَضّحة على متّصل الناصية وغيرها من أجزاء الرأس، ولو حَزّ السكين من موضّحة الرأس إلى القَفَا وجرح[٣] مع الإيضاح، أو دونه فعليه مع أرش الموضحة حكومة لجراحة القَفَا؟ لأن القفا ليس محلّ الموضحة، ولو حَزّ السكين من موضع الرأس إلى الجبهة، وجرحها جراحة متلاحمة.

فإن قلنا: لو أوضح في الجبهة أيضاً كان الحاصل موضّحة واحدة دخلت حكومة جراحة الجبهة في أرْش موضحة الرأس. وإن قلنا: الحاصل جراحة وجب حكومة جراحة الجَبْهة مع أرش الموضحة، كما ذكرنا في جراحة القَفَا.

والثالث: تعدّد الفاعل، وذلك بأن أوضح رأس إنسان، فجاء آخر ووسَّع تلك الموضّحة، وزاد في الإيضاح أو أوضح قطعة متّصلة بطرف موضحة الأول، فيجب على الثاني أرش كامل أيضاً، وإن كانت الموضحة واحدة في الصورة، وإن وسع الأول الموضّحة والصحيح وهو المذكور في الكتاب أنه لا يلزمه إلا أرش واحد، كما لو أوضح أولاً[٤] كذلك. وفيه وجه آخر[٥] أنه كما لو وسع غيره، وهذا الخلاف كالخلاف المذكور فيما إذا رفع الحاجز بين موضحتيه.

والرابع: اختلاف الحكم بأن أوضح موضحة واحدة هو في بعضها مخطىء، وفي بعضها متعمد، أو أوضح موضحة هو في بعضها مقتص، وفي بعضها متعدٍ ففيه وجهان:

أحدهما: أن الحاصل موضّحة واحدة لاتحاد الصورة، والجاني، والمحلّ.

وأظهرهما: موضّحتان؛ لأن اختلاف البعضين في الحكم كاختلاف الجاني والمحلّ، أو أعظم منه.

---

(١) في ز: الجهة.
(٢) في ز: المجلس.
(٣) سقط في ز.
(٤) في ز: ولا.
(٥) سقط في ز.

وإن قلنا بالأول وزّع الأرش على البعضين[١].

وإن قلنا بالثاني، فيجب أرش كامل لما تعدّى به، والصورة الثانية وهي أن يكون تبعيضها قِصَاصاً، أو بعضها عُدْواناً مذكور في الكتاب في باب «الجراح» مرة.

ولو أوضح موضحتين عمداً، أو رفع الحاجز بينهما خطأ، وقلنا: بالصحيح أنه لو رفع عمداً تداخل الأَرْشَان، ففيه وجهان لاختلاف الحكم، فإن جعلناه مؤثراً، فعليه أرش ثالث، وإلا لم يلزم إلا واحد[٢].

وقوله في الكتاب: «فأرش واحد وإن استوعب الرأس» قد حكينا تردداً في أن اختلاف أطراف الوجه، هل توجب تعدّد الموضّحة الواقعة عليها؟ وبَيَّنا في أطراف الرأس وأجزائه ما يقتضي طرد هذا التردُّد فيها[٣].

وقضية ذلك أن يعلم قوله: «وإن استوعب الرأس» بـ«الواو».

وقوله: «تداخل الكل إلى واحد» معلم بـ«الواو»، ويجوز أن يعلم بهذا الوجه الثالث في مسألة الجلد واللحم[٤] لما ذكرنا أن منهم من نَفَاه، وقوله: «لم يزد الأرش» كذلك.

قال الغزَالِيُّ: **وَأَمَّا المُتَلاَحِمَةُ فَوَاجِبُهَا حُكُومَةٌ، وَقِيلَ: يَتَقَدَّرُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى المُوَضِّحَةِ، وَتَعَدُّدُ الجَائِفَةِ وَاتِّحَادُهَا بِأرْتِفَاعِ الحَاجِزِ كَتَعَدُّدِ المُوَضِّحَةِ، وَلَوْ ضَرَبَهُ بِمِشْقَصٍ فِي بَطْنِهِ فَجَائِفَتَانِ فَيَجِبُ عَلَيهِ أَرْشَانِ، وَإِنْ نَفَذَ سَنَّانٍ وَاحِدٌ مِنَ البَطْنِ إِلَى الظَّهْرِ فَهُوَ أَيْضاً جَائِفَتَانِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَالْتِحَامُ المُوَضِّحَةِ وَالجَائِفَةِ لاَ يُوجِبُ سُقُوطَ الأَرْشِ بِخِلاَفِ عَوْدِ السِّنِّ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه مسائل:

إحداها: ذكرنا في الفصل الأول من الباب أن المتلاحمة ليس لها أرش مقدر، وأن منهم من أطلق القول بأن فيها الحكومة.

ومنهم من قال: ينسب إلى الموضحة إن أمكن معرفة النسبة، وفرض الإمكان فيها إذا كان على رأسه موضحة قريبة من المُتَلاَحِمة، فيقاس بها المَقْطُوع من المتلاحمة،

---

(١) في ز: التبعيض.

(٢) قال النووي في زوائده أرجحهما: أرش فقط. والله أعلم. وتعقبه الزركشي فقال: هذا ترجيح عجيب، فإن كلام الشافعي مصرح بترجيح ثالث فإنه قال: فيه وجهان لاختلاف الحكم فإن جعلنا مؤثراً فعليه أرش ثالث في مسألتنا.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

وقد ذكرنا في القِصَاص أن بعضهم اعتمد غمر الرأس والضبط بالنجمين، وإذا جاز اعتماد ذلك في القصاص فأولى أن يجوز في الدية.

الثانية: يتعدد أرش الجَائِفَةِ بِتعدّدها، فلو أجاف جائفتين، ثم رفع الحاجز بينهما، أو تآكل ما بينهما، ورفعه غير الجاني، فعلى ما ذكرنا في المُوَضّحة، وتتعدد الجائفة بتعدد الصورة بأن يجرحه جِرَاحتين نَافذتين إلى الجَوْف، فإن بقي بينهما الجلدة الظاهرة، وانْخَرَقَ ما تَحْتَهَا أو بالعكس، فيشبه أن يكون الحكم كما ذكرنا في المُوَضّحة، ويتعدد المحلّ بأن ينفذ جراحتين إلى جوفين، ويتعدد الفاعل بأن يوسع جائفة غيره، وفصله الأصحاب فقالوا: إن أدخل السِّكين في جائفة غيره، ولم يقطع شيئاً، فلا ضمان عليه ويعزر، وإن قطع شيئاً من الظاهر دون الباطن، أو بالعكس، فعليه حكومة، وإن قطع من جانب بعض الظّاهر، ومن جانب بعض الباطن.

قال في «التتمة»: ينظر في ثَخَانَةِ الجلد واللَّحم، ويقسط أرش الجائفة على المَقْطُوع من الجانبين، وقد يقتضي التَّقسيط تمام الأرش بأن قطع نصف الظاهر من جانب، ونصف الباطن من جانب، ولو لم يقطع من أطراف الجائفة شيئاً، ولكن زاد في غورها[1]، أو كان قد ظهر عُضو باطن كالكَبِدِ والطِّحال، فغرز السِّكين فيه، فعليه الحكومة، ولو عاد الجاني، ووسع الجَائفة، أو زاد في غورها لم يزد الواجب، وكان كما لو أجاف ابتداء كذلك، ويمكن أن يعود فيه الوجه في تَوْسِعَةِ الموضّحة، ويجيء في اختلاف حكم الجَائِفَةِ، وانقسامها إلى عمد[2] وخطأ ما سبق في الموضّحة، ولو ضربه بسنان أو مِشْقَصٍ له رأسان، فنفذ إلى جوفه[3] والحاجز بينهما سليم، فهما جائفتان كما لو نفذهما بآلتين وبضربتين ولو طعنه ونفذ السِّنَان من البَطْنِ حتى خرج من الظَّهر، أو من أحد الجَنْبين إلى الآخر، ففيه وجهان ويقال: قولان:

أصحهما: ويحكى عن مالك أن الحاصل جائفتان لما روي عن أبي بكر ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أنه قضى فيه بثلثي الدية، ولم يُخَالَفْ، وأيضاً فإنه جرحه جراحتين نافذتين إلى الجوف.

والثاني: أن الحاصل جائفة واحدة، ولأن الثانية نفذت[4] إلى الظاهر من الباطن، والجائفة: هي التي تنفذ إلى الجوف من الظَّاهر.

وفي «الشامل» نسبة هذا إلى أبي حنيفة.

وفي «التهذيب» وغيره أن مذهبه كالأول.

---

(١) في ز: عددها.
(٢) سقط في ز.
(٣) في ز: الوجه.
(٤) سقط في ز.

وإذا قلنا بالوجه الثاني فقد قيل: لا يجب إلا أرش واحد، والأظهر وهو رواية ابن القطَّان وغيره أنه يجب حكومة أيضاً للجراحة الحاصلة في الظهر.

الثالثة: إذا أوضح رأسه فاندمل أطراف الجِرَاحَةِ وبقي شيء من العَظْم بارز لم يسقط شيء من الأرش، وإن التحم الموضع، ولم يبق شيء بارز من العَظْم، فكذلك على ظاهر المَذْهب.

وفي «التتمة» أنه إن لم يبق شيء ولا أثر، فقد خرج وجه من مسألة عود السّن أنه يسقط الأرش.

وإن بقي شَيْن بارز فيعود الواجب إلى الحكومة أخذاً من وجه مثله نذكره في الجَائِفَةِ، وفرق على المذهب بأن السّن لا يعود في العادة، والواجب فيه واجب للخلل[١] الحاصل بِفَقْدِ السن، وإذا عاد فلا[٢] خَلَلِ والموضّحة تَنْدَمِلُ إذا لم يَسُرِ، فلو كان الواجب فيها يسقط بالاندمال لكانت الموضّحة كسنّ الصبي الذي لم يثغر، ولما وجب فيها شيء في الحَالِ، ولما وجب علم أنه وجب في مقابلة الجزء[٣] الذي ذهب، والآلام التي لحقت[٤] المجني عليه، والمذهب في الجائفة أيضاً أنها إذا اندملت لم يسقط الأرش، ولا شيء فيه.

وعن صاحب «الإفصاح» وجه أنه يعود الواجب إلى الحكومة تخريجاً عن نصّ الشَّافعي ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ فيما إذا أفضى امرأة فالتحم الموضع أن عليه الحكومة.

وفي «التهذيب» أن بعضهم خرج على القولين في سقوط الأرش عنه عَوْد الشّين.

قال الإمام: ولا يتصور عند[٥] من قال بسقوط الأرش ثبوت أرش الجناية مستقراً[٦] إلا أن يفرض إجَافة جانٍ[٧] وحَزّ الرقبة من آخر، وإلا فالجائفة إذا لم تَسْرِ يكون انْدِمَالِهَا كالْتِحَامها، وفرّق بين الجائفة والإفضاء بمثل ما سبق وهو أن الواجب هناك واجب لزوال الحاجز، فإذا التحم عرف أنه لم يزل وفي الجَائِفَةِ ما وجب، وإنما وجب لنفوذ الجراحة، فإذا التحمت الموضّحة، أو الجائفة فجاء جَانٍ إما الأول أو غيره وأوضح في ذلك الموضع أو أجاف، فعليه أرش آخر إن كان الالتحام قد تَمَّ، سواء نبت عليه الشّعر، أو لم ينبت، وسواء كان متغير اللّون مشيناً، أو لم يكن، وإن لم يتم الالْتِحَام، فعليه الحكومة دون تَمَام الأرش، ولو نزع الخَيْط الذي خيطت الجَائِفة به قبل

---

(١) في ز: للحلّ.
(٢) في ز: فإذا أعاد بلا.
(٣) في ز: الحُرّ.
(٤) في ز: تحققت.
(٥) في ز: عنه.
(٦) في ز: مستنداً.
(٧) في ز: جاز.

أن يلتحم، فعليه التعزير وأجرة مثل الخِيَاطة، أو ضمان الخيط إن تَلِف، ولا أرش ولا حكومة، وإن التحمت ظاهراً وباطناً، فانفتحت فهي جَائِفة جديدة، وكذا لو انفتح جانب منها بعد تمام الْتِحَامِهِ، فإن التحم ظاهرها دون باطنها أو بالعكس، فعليه الحكومة دون الأرش التام، ولا يجب مع الأرش أو الحكومة أجرة الخَيَّاط، لكن يجب ضمان الخَيْط إن تلف.

وقوله في الكتاب: وقيل إنه «يتقدر بالنسبة إلى الموضِّحة» صوَّر أكثرهم التقدير[١] فيما إذا كان بقربها موضِّحة يقاس بها سُمْك المقطوع على مَا مَرَّ، ويمكن حمل اللفظ على التقدير بالاجتهاد والتخمين، وإن لم يكن هناك مُوَضِّحة وقد بَيَّنَّا ذلك أيضاً.

وقوله: «وتعدد الجائفة واتحادها. . .» إلى آخره مقصوده: أن ننظر في سَبَبِ الارتفاع إن ارتفع بفعل الجَانِي اتحدت الجناية، وإن ارتفع بفعل غيره لم يَتَّحِد.

وقوله: «ولو ضربه بِمِشْقَصٍ في بطنه» يعني: فأجافه في موضعين[٢] والمِشْقَصُ ما طال من النِّصَال، وعرض وقد يتشعب شُعْبَتَيْنِ، وهو المقصود هاهنا.

وقوله: «لا يوجب سقوط الأرش» معلم بـ«الواو» لما نقلنا وقد تخصص العلامة في النُّسخ بالجائفة؛ لأن صاحب الكتاب في «الوسيط» خصّص وجه السقوط بالجائفة، ولم يثبته في الموضحة. فروع وصور تتعلّق بما نحن فيه.

غرز إبْرة في رأس إنسان حتى انتهت إلى العَظْم وسَلَّها، هل هي موضِّحة؟ خرجه الإمام على وجهين[٣].

وقال: يرجع التردُّد إلى أن الاعتبار بما يشقّ إلى العظم، أو بما يسمى موضِّحة، والظاهر المشهور أنها موضحة، والموضحة التي حصل الهشم[٤] في بعضها دون البعض ليس فيها إلا أرش هاشمةَ كما مر أن الشجة التي حصل الإيضاح[٥] في بعضها دون بعض ليس فيها إلا أرش موضّحة.

أوضح وهشم في موضعين واتَّصل الهشم بينهما في الباطن فوجهان:

أحدهما: أن الحاصل هَشْمه واحدة لاتصال الكسر، وإن بقي اللحم والجلد حاجزاً بين الموضحتين.

---

(١) سقط في ز. (٢) سقط في ز.

(٣) ويشهد لتخريج الإمام قول ابن القطان في فروعه أنه إذا غرز إبرة برأسه فليس ذلك بموضحة لأنه لم يفعل فعلاً بان منه العظم والموضحة ما وضح منها العظم. هذا كلامه.

(٤) في ز: يحصل السهم. (٥) سقط في ز.

والثاني: أنهما هَاشِمتان، وهذا ما اقتصر على إيراده جماعة منهم صاحب «الشامل»، ووجّهوه بأن الهاشمة تتبع المُوَضّحة، وقد وجدت الموضِّحتان فيتعدد، الهشم بتعددهما. أوضح في مواضع متفرّقة، وهشم في كلّ واحد منهما، فهي هَاشِمَتَانِ متعددة وحكى القاضي ابن كَجّ عن ابن القَطَّان وجهاً غير موجّه أنها تجعل موضحات وهاشمة واحدة.

وفي «المهذب» أنه لو أدخل حديدة أو خشبة في دُبر إنسان، وخرق حاجزاً في الباطن[١] هل عليه أرش جائفة. فيه وجهان[٢] بناء على الوجهين في أن خَزقَ الحاجز بين الموضِّحتين في الباطن، هل يكون كَخَرْقِ الظاهر حتى لا يلزم إلا أرش موضّحة واحدة.

شَجَّة متلاحمة وجاء آخر[٣] وأوضح في ذلك الموضع بقطع ما بقي من اللحم، فعلى كل واحد منهما الحكومة، ولينظر فيه إلى ما مَرّ من تقدير السُّمك عند الإمكان.

أجافه وتكأفى بعض الأعضاء الباطنة كالأمعاء، فعليه مع أرش الجَائِفة حُكُومَة.

قال الغَزَالِيُّ: **فَإِنْ قِيلَ: مَا مَعْنَى الحُكُومَةِ قُلْنَا أَنْ يُقَدَّرَ المَجْنِيُّ عَلَيهِ عَبْداً فَيُقَالُ: قِيمَتُهُ دُونَ الجِنَايَةِ عَشَرَةٌ وَمَعَ الجِنَايَةُ تِسعَةٌ فَالتَّفَاوُتُ عَشرٌ فَيَجِبُ مِثْلُ نِسْبَتِهِ مِنَ الدِّيَةِ بِشَرْطِ أَنْ لاَ يَزِيدَ عَلَى مِقْدَارِ الطَّرَفِ المَجْرُوحِ فَلاَ يُزَادُ حُكُومَةُ جِرَاحَةِ الأُصْبُعِ عَلَى دِيَةِ الأُصْبُعِ وَلاَ حُكُومَةُ الكَفُّ وَالسَّاعِدِ وَعَظْمِ العَضُدِ عَلَى دِيَةِ الأَصَابِعِ الخَمْس، وَلاَ بَأْسِ بِزِيَادَةِ حُكُومَةِ كَفٌ عَلَى دِيَةِ أُصْبُعِ وَاحِدٍ، وَاليَدُ الشَّلاَّءُ يُزَادُ حُكُومَتُهَا عَلَى أَصْبُعِ، وَيُنْقَصُ عَنِ اليَد الصَّحِيحَة.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: تكلم هاهنا في الحكومات، تدرج إليه بسؤال افتتحه[٤] وليس للقول في الحكومات كثير اختصاص بهذا الموضع وكأن تأخيره إلى آخر الباب أحسن ليتم الكلام في دِيَةِ ما دون النَّفس التي عَقْد لها[٥] الباب على الانتظام، وليتأخر ذكر الحكومة المتأخرة في الدِّيَةِ عن ذكر اليَدِ المتقدّمة في الدِّيَةِ، والمقصود أن الحكومة جزء من الدية نسبته إليها نسبة ما تقتضيه[٦] الجِنَاية مِن قيمة المجني عليه بتقدير[٧] التقويم وذلك بأن

---

(١) في ز: البطن.

(٢) وقال في الخادم: إنه يستفاد من كلام الرافعي تصحيح أرش جائفة.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: مبيحه.

(٥) سقط في ز.

(٦) في ز: يشبه الهاشمة ما تنقصه.

(٧) وهذا الضابط غير شامل فإنه قد تؤخذ الحكومة من غير اعتبار نسبتها إلى الدية وذلك فيما إذا قطع ذكر العبد ولم تنقص قيمته وفرعنا على القول المخرج أن الواجب قدر النقصان فإنهم قالوا: =

يقوّم المجني عليه بصفاته[(١)] التي هو عليها لو كان عبداً[(٢)]، وينظر كم ينقص الجناية من قيمته فإن قوم بعشرة دون الجناية، وبتسعة بعد الجناية، والتفاوت عشر فيجب عِشْر[(٣)] الدية ووجه ذلك بأن الجملة مضمونة باليد، فيضمن الأجزاء[(٤)] بجزء الدية، فإذا قدر الشرع جزءاً من الدية اتبعناه، وإذا لم يقدر اجتهد في معرفته، ونظرنا في النقصان، لأن الأصل أنه يجب بالجناية قَدْر النقصان، ونقدر تقومية ليعرف قدر النقصان، ثم نعود إلى الدِّيَة لتكون الجملة مضمونة بها، وهذا كما أنا ننظر في نُقْصَان القيمة إذا أردنا أن نعرف[(٥)] أرش العيب[(٦)]، ثم نعود إلى الثمن؛ لأن المبيع مضمون بالثمن، ولوقوع الحَاجَةِ في معرفة الحكومة إلى تقدير الرِّق.

قال الأئمة: العبد أصل الحر[(٧)] في الجنايات التي لا يتقدر أرشها كما أن الحر[(٨)] أصل العبد في الجنايات التي يتقدر أرشها حيث يجعل[(٩)] جراح العبد من قيمته كِجِرَاحِ الحر من ديته، فليعرف هاهنا شيئان:

أحدهما: في التوجيه المذكور ما يبين أن الدية التي توجب جزءها[(١٠)] هي دية النفس.

وحكى الشيخ أبو إسحاق الشيرازي وجهاً أن قدر النقصان يعتبر من دية[(١١)] العضو الذي وردت الجناية عليه لا من دِيَةِ النفس حتى لو نقص عشر القيمة بالجناية على اليد، فالواجب عشر دية اليد، ولو نقص بالجناية على الرأس، فالواجب عشر دية الموضّحة، وعلى هذا القياس، ثم ضعفه بأنا إنما نقوّم النفس أولاً فوجب أن يعتبر النُقْصَان من ديتها، وبأنا لو اعتبرنا دية العضو فقد يتباعد واجب[(١٢)] الجِنَايتين مع تقاربهما[(١٣)]، وذلك بأن ينقص بالسِّمْحَاق عشر القيمة، فإذا أوجبنا عشر أرش الموضّحة بَعُدَ واجب إحدى الشَّجَّتين عن الأخرى مع تقارب[(١٤)] الشَّجتين وذلك مما[(١٥)] لا يجوز.

= يجب حكومة على وجه يقدرها الحاكم بالاجتهاد ويعتبر بما قبل الاندمال وهكذا ذكروا في الجراحة إذا اندملت ولم يبق شين ولا أثر أنه يجب حكومة يقدرها القاضي باجتهاده على أحد الوجهين.

(١) في ز: بضمانه.
(٢) في ز: عندنا.
(٣) سقط في ز.
(٤) في ز: الآخر.
(٥) في ز: نفرق.
(٦) في ز: العبد.
(٧) في ز: الأصل الحر.
(٨) في ز: الحد.
(٩) في ز: جعل.
(١٠) في ز: حدها.
(١١) في ز: بغير مؤدية.
(١٢) سقط في ز.
(١٣) في ز: تفاوتهما.
(١٤) في ز: تفاوت.
(١٥) سقط في ز.

والثاني: قد تقدم أن[١] الأصل في الدية الإبل، وأطلقوا القول بوجوب جزء من[٢] الدّية إذا عرفنا قدر نُقْصَان القيمة، فأفهم ذلك أن الحكومة الواجبة تكون من جنس الإبل، ورأيته مصرحاً به لبعضهم، ثم الجراحة إما أن ترد على عضو له أرش مقدر أو على ما ليس له أرش مقدر فإن وردت على ماله أرش مقدر نظر إن لم يبلغ الحُكُومة أرش ذلك العضو وجبت، وإن بلغت أرشه نقص الحاكم منه شيئاً بالاجتهاد، ولأن بعضه مضمون بالأرش لو فات، فلا يجوز أن تكون الجناية عليه مَضْمُونة بما يضمن به العُضْو نفسه[٣] مع بقائه، فالجراحةُ على الأنملة العليا، وقلع الظفر، تنقص حكومتها عن أرْش الأنملة، قال أبو الفرج السرخسيُّ: والجراحةُ على الأنملة السفلَىٰ لا تبلغ دية الأصبع، وعلى الوسطَىٰ لا تبلُغُ ثلثَيْ[٤] دية الأصبع، ويشبه أن يريد بالجراحة على السفلَىٰ ما إذا عمَّت الأنامل، حتَّى انتهت إلى السفلى، وبالجراحةِ على الوسطَى التي انتهتْ من العليا إلى الوسطى، دون أن تكونَ مخصوصَةً بالأنملة الواحدةَ، ولفظ الإمام أنَّ الجنايةَ على الأصبع، إذا أتتْ علَىٰ طولها، فحكومتها لا تبلغ دية الأصبع، والجراحةُ على الرأس لا تبلغُ حكومتُهَا أرْشَ الموضِّحة، وعلى البطن أرش الجائفة، وحكومة الجراحة على الكفِّ[٥] لا تبلغُ دية الأصابع الخمس، وكذا حكومة قَطْع الكفِّ التي لا أصبُعَ عليها، وكذا حكمُ القَدَمِ؛ فإنَّهما يتبعانِ الأصابعَ، وهلْ يجوز أن تبلغ حَكُومَةُ الكف ديَةُ أصبعٍ، واحدةٍ، فيه وجهان:

أظهرهما، عند الإمام: المَنْعُ.

وأشبههما، وهو المذكور في الكتاب[٦] نعم؛ لأن غناها ومنفعتها؛ دفعاً واحتواء[٧] تزيد على منفعة الأصبع الواحدة، وهذا كما أن حكومَة اليَدِ الشلاَّء لا تبلغ دية اليد[٨] الصحيحة، ويجوز أن تبلغ دية الأصبع الواحدة، وأن تزاد عليها.

وإن كانت الجراحةُ علَىٰ عضوٍ، ليس له أرش مقدَّر؛ كالظَّهْر، والكتف، والفخذ:

---

(١) سقط في ز. (٢) سقط في ز.
(٣) في ز: تعيينه.
(٤) سقط في ز. (٥) في أ: جراحة الكف.
(٦) قال الشيخ البلقيني: هذا مخالف لنص الشافعي رضي الله عنه في الأم في ترجمة تفريع القصاص فيما دون النفس من الأطراف. ولفظه: ولو كان أقطع أصبع فقطعت كفه اقتص من أربعة أصابع وأخذت له حكومة في كفه. قال: ولا أبلغ بحكومة كف دية أصبع لأنها تبع في الأصابع كلها وكلها مستوية فلا يكون أرشها كأرش واحدة منها. والمعتمد في ذلك نص صاحب المذهب. انتهى.
(٧) سقط في ز. (٨) سقط في ز.

يجوز أن تبلغ حكومتها ديةَ عُضوٍ مقدَّرٍ؛ كاليد، والرِّجْل، وأن تزاد عليها، وإنما تنقص عن دية النفس، وَعَدَّ صاحبا «التهذيب»، و«التتمة» من هذا القبيل الساعِدَ والعَضُدَ؛ حتى يجوز أن تبلُغَ حكومةُ الجراحةِ عليها ديةَ الأصابع الخمس، وأن يزاد عليها وسوَّى بينهما في الكتاب، وبين الكفِّ، والأول أصحُّ؛ فإن الكف [هي التي] تتبع الأصابع دون الساعد، والعضد حتى لو قطع من الكوع، وجَبَ عليه ما يجب في لفظ الأصابع، ولو قطع من المرفق، أو من أصْلِ العضُدِ، وجبت مع الديةِ حكومةُ السَّاعد، أو العضد.

وقوله في الكتاب في جواب السائل عن معنى الحكومة: «أنْ يقدِّر المجنيُّ عليه عبْداً...» إلى آخره، لفظٌ يحتاجُ إلى التأويل إذ ليست الحكومةُ عبارة عن تقديره عبداً[1]، وإنما هي جزءٌ من الدية يعرف قدره بالتقدير المذكور.

وقوله: «بِشَرْط ألاَّ يَزِيدَ عَلَىٰ مِقْدَارِ الطَّرَفِ المَجْرُوحِ»، أي: إذا كان الطَّرفَ المجروحُ له بدلٌ مقدَّر، ثم لفظ «عدم الزيادة» هاهنا، وفي قوله: «فَلاَ تُزَادُ حُكُومَةُ جِرَاحَةِ الأُصْبُعِ» غيرُ وافٍ بالغرض؛ إذ لا يكفي ألاَّ يزاد، بل يجب أن ينقص؛ كما ينقص التعزير عن الحد، والرضخ عن سهم الغنيمة.

قال الإمام: ولا يجوز أن يقال: يكتفَىٰ في الحطِّ بأقل القليل، فإن أمر الجناياتِ وأحكام الدماء لا يجري إلاَّ عَلَىٰ محقَّقٍ، ولو قال قائل: نَضْبِطُ نِسْبَةَ النُّقْصَانِ الحَاصِلِ بالجنايةِ على العضوِ، مع بقاء العضو، ثم يقدر النقصان بفوَات العضو، ويحط مثل[2] النسبة الواقِعَةِ بيْنَ النقصانَيْنِ، كان ذلك وجهاً[3] من الرأي جيداً.

مثاله: القيمة مائة، والنقصانُ بسبب الجراحةِ على الأصبع عَشَرة، والنقصان لو فات الأُصْبُع عشرُونَ، فيحط من عُشر الدية نصفه، وليعلم بالواو لفظ «السَّاعِدِ وعَظْم العَضُد»؛ لما بيَّناه.

قال الغَزَالِيُّ: وَهَذِهِ الحُكُومَةُ تُقَدَّرُ بَعْدَ انْدِمَالِ الجُرْحِ، فَلَوْ لَمْ يَبْقَ شَيْنٌ وَنُقْصَانٌ لَمْ يَجِبْ إلاَّ التَّعْزِيرُ عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَقِيلَ: تُقَدَّرُ الجِرَاحَةُ دَامِيَةً حَتَّىٰ يَظْهَرَ تَفَاوُتُهُ، وَلَوْ قَطَعَ أُصْبُعاً زَائِدَةً أَوْ سِنّاً شَاغِيَةً أو أَفْسَدَ المَنْبِتَ مِنْ لِحْيَةِ امْرَأَةٍ وَزَادَتِ القِيمَةُ فَالْقِيَاسُ التَّعْزِيزُ فَقَطْ، وَقِيلَ يُقَدَّرُ ذَلِكَ لِحْيَةَ عَبْدٍ، وَيَظْهَرُ بِهِ تَفَاوُتٌ، وَلَوْ بَقِيَ حَوَالِي جُرْحٍ شَيْنٍ وَكَانَ أَرْشُ الجُرْحِ مُقَدَّراً فَالشَّيْنُ تَابعٌ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُقَدَّراً فَفِي إِتْبَاعِهِ وَجْهَانِ يُضَاهِي التَّرَدُّدَ فِي أَنَّ الكَفَّ هَلْ يَنْدَرِجُ تَحْتَ أُصْبُعِ الأَشَلِّ؛ لِأَنَّهُ إِدْرَاجُ حُكُومَةٍ تَحْتَ حُكُومَةٍ:

---

(١) في ز: تقدير.

(٢) في ز: ويخط قبل.

(٣) في ز: واجها.

النَّوْعُ الثَّانِي القَطْعُ المُبِينُ لِلْأَعْضَاءِ وَالمُقَدَّرُ مِنَ الأَعْضَاءِ سِتَّةَ عَشَرَ عُضْواً: الأَوَّلُ: الأُذُنَانِ وَفِي كُلِّ وَاحِدَةٍ نِصْفُ الدِّيَةِ، وَإِنْ كَانَ مِنَ الأَصَمِّ فَفِيهِ مَنْفَعَةُ جَمْعِ الصَّوْتِ وَمَنْعِ دَبِيبِ الهَوَامِّ، وَالدِّيَةُ فِي مُقَابَلَةِ أَيِّ المَنْفَعَتَيْنِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَقِيلَ: إِنَّ الأُذُنَ لَيْسَ فِيهِ أَصْلاً إِلاَّ الحُكُومَةُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه مسألتان:

إحدَاهُما: أنها تقوَّم، ويقدَّر الرق لمعرفة الحكومةِ، بعد اندمال الجراحة، ونقصان القيمة حينئذ قد يكونُ لضعفٍ ونقصانٍ في المنفعة، وقد يكون لنقصان الجمال؛ باعوجاج[1]، أو أثر قبيحٍ، أو شين من سواد أو غيره، ولو[2] اندملت الجراحةُ، ولم يبق نقصان في المنفعة، ولا في الجمال، ولم تتأثَّر به[3] القيمةُ، فوجهان:

أحدهما، ويحكَىٰ عن ابن سُرَيْج: أنه لا يجب عليه شيء سوى التعزير؛ كما لو لَطَمَهُ أو ضربه بمثقل، فزال الألم، ولم تنقص منفعة، ولا جَمَال.

والثاني، وبه قال أبو إسحاق، وهو ظاهر النص، أنَّه لا بد من وجوبِ أرش، لأن جملة الآدميِّ مضمونة، فوجب أن تكون أجزاؤه مضمونةً؛ كسائر المضمونات، ولأنها[4] جنايةٌ على معصوم، فلا يعتبر لوجوب المال بها بقاءُ شَيْنٍ[5] وأثر، كالموضِّحة، والجراحات المقدَّرة، ولأن الجراحة عظيمة الموقع؛ فلا وجه فيها للإحباط[6] والإهْدَار، وعلى هذا فوجهان:

أحدهما: أن الحاكم يقدِّر شيئاً باجتهاده.

وأظهرهما: أنه ينظر إلَىٰ ما قبل الاندمال من الحالات التي تؤثِّر في نقصان القيمة[7]، ويعتبر أقربها إلى الاندمال، وإن لم يظهر نقصانٌ إلا في حالة سيلان الدَّمِ ترقبنا، واعتبرنا القيمة، والجراحةَ داميةً، وحينئذٍ فالظاهرُ تأثيرُ القيمة لما فيها من الخَطَر، وخوف السراية، وبقاء الشين، فإن فرضت الجناية خفيفة، لا تؤثر في تلك الحالة أيضاً ففي[8] «الوسيط»: أنا نلحقها باللطم والضرب؛ للضرر[9]، وفي «التتمة» أن الحاكم يوجِبُ شيئاً بالاجتهاد، والذي رجَّحه الأكثرون من الوجهين في أصْلِ المسألة؛

(١) سقط في ز.
(٢) في ز: وأن.
(٣) سقط في ز.
(٤) في ز: ولأنه.
(٥) في ز: شيء.
(٦) في ز: للاحتياط.
(٧) في أ: القيم.
(٨) في ز: هي.
(٩) سقط في ز.

أنه لا بد من إيجاب شيء، ورجّح الإمام المنع، وقال: هو القياسُ على الحقّ، واعترض على تفويض الأمر إلى اجتهاد الحاكم؛ بأن الحاكم إن قيل: إنه يوجبُ ما شاء، فهو في غاية البُعْد، وإن كان يستند نظْره إلى رأيٍ، فهو المبحوث[١] عنه، وعلى الثاني؛ بأنا إذا اعتبرنا[٢] ما قبل الاندمال، كحالة[٣] الجناية، فإما أن نقول ما قيمته لو كان عبداً، والآلام لا تزول، أو نقول: ما قيمته، والتقدير أن الآلام تزول، والأول ظُلْم، وإن قلْنا؛ بالثاني، فسيقول المقوِّمون: إذا كانتِ الآلامُ تزولُ، والشين لا، يبقى، فالقيمة بحالها، وإذا بطل الوجْهَانِ[٤]؛ تعيَّن المصير إلى أنه لا يجبُ شيء، ولناصري الوجْهِ الآخر أن يقولوا: يسندُ الحاكم اجتهاده إِلَىٰ كيفية الجناية خفَّةً وفحشاً[٥]، وإلى قُبْحها في المنظر سعةً أو غَوْصاً، وإلى قدر الآلام المتولِّدة منها المختلفة بسُرْعة البرء وبُطْئِهِ، وأن يجيبوا عن الثاني، بأن ها هنا قسماً آخر، وهو أن يقول: ما قيمته وبه هذه الجناية التي لا ندْرِي، أيحصل الاندمالُ منها، وتزول آلامها أو يسري ولا ندري على التقدير الأول، أيبقى شين وأثرٌ أم لا؟ ولا شكَّ أن الجراحة الَّتي حالها ما ذكَرْنا توجبُ نقصانَ القيمة، وقدْ يعرض الإمام في خلالِ الفَضْل لهذا الجوابِ إلاَّ أن نفسه لم تسكُنْ إليه، وتقارب المسألة، ما إذا قطع أصبعاً زائدة أو سنّاً شَاغِيَةً، أو أتلف لحيةَ امرأةٍ، وأفْسَد مَنْبِتَهَا، ولم تنقص القيمة بذلك، وربما زادت؛ لزوال الشين مثل أن يكون خلف السن الشاغية سنٌّ أصليةٌ على استواء الأسنان، وكان سببُ الشين وجودَ تلك الشاغِيَةِ، فهلْ يجبُ شيء؟ فيه الخلاف المنسوبُ إلى ابن سُرَيْج، وأبي إِسحاق، وإذا قلنا؛ بالوجوب، وهو الأصحُّ، فعلَىٰ وجهٍ يجتهدُ فيه الحاكم، وعلى الأظهر يعتبر في قطع الأصبع أقربُ أحوال النقصان من الاندمال على ما مرَّ، وفي السن الشاغية التي وصفناها تقوَّم[٦]، وله السنُّ الزائدة، ولا أصليَّة خلفها، ثم يقوَّم[٧] مقطوع تلك الزائدة، ويظهر التفاوُتُ بذلك؛ لأن الزائدة تشدُّ الفُرْجَة، ويحصل بها ضرر جمال، وفي لحية المرأة يقدَّر كونها لحية عَبْدٍ كبيرٍ يتزيَّن باللحية، فيقال: لو كان للعبد الكبير مثل هذه اللحية، كم قيمته، وينظر كَمْ ينقصُ من القيمة، لو لم يبق له لحيةٌ في ذلك الوقْت، فيعرفُ قدر النقصان ويؤخذ[٨] بتلك النسبة من[٩] ديَةِ المرأة.

---

(١) في ز: المتجوز.
(٢) في ز: اعتدنا.
(٣) سقط في ز.
(٤) سقط في ز.
(٥) في ز: ومجتا.
(٦) في ز: يقول.
(٧) في ز: ويقوم.
(٨) في ز: وتوجد.
(٩) في ز: في.

ولو قطع أنملةً لها شعبتان؛ أصليةٌ وزائدةٌ، وقالوا: لا يمكن اعتبارُ الزائدةِ بشيء، فيقدِّر الحاكم لها[١] شيئاً بالاجتهاد، ولا يبلغ به أرش أصلية[٢]، وكان يجوز أن يقوَّم، وله الزائدةُ بلا أصلية، ثم يقوم دونها؛ كما فعل في السن الشاغية، أو يعتبر بأصلية؛ كما اعتبرت لحيةُ المرأة بلحية الرجُلِ، ولحيتها كالأعضاء الزائدة، ولحيته كالأعضاء الأصلية.

ولو ضرب إنساناً بالسوط أو غيره، أو لطمه، ولم يظهر له أَثَرٌ، لم[٣] يتعلَّق به ضمانٌ، فإن اسودَّ أو اخضرَّ، وبقي الأثر[٤] بعد الاندمال، وجبت الحكومة، فإن زال الأثر بعد أخذ الحكومة، رُدَّت وضُبِطت هذه الصور؛ بأن قيل: إذا بقي أثر الجناية من ضعفٍ أو شينٍ، وجبت الحكومة، وإذا لم يبق أثر، فإن لم تكن الجناية جرحاً، بل ضرباً[٥] ونحوه، لم يجب شيء، وإن كان جرحاً، فوجهان:

فرع: لو كسر عظماً في غير الرأس والوجه، وعادَ بَعْد الجبر مستقيماً، فإن بقي فيه ضعفٌ وخللٌ؛ وهو الغالب، فيجب الحكومة، وإلا فعلى الوجهين، وإذا كان مع الضعْفِ اعوجاجٌ، كانت الحكومة أكثر، وليس الجاني أن يقول أكسره ثانياً؛ لينجبر مستقيماً، ولو فعل، لم تسقط الحكومة الأُولَىٰ، ويجب للكسر الثاني حكومةٌ ثانية؛ لأنها جنايةٌ جديدةٌ.

وقوله في الكتاب: «وقيل: تقدَّر[٦] الجراحةُ داميةً؛ حتى يظهر تفاوت»، هذا هو الوجه الثاني من قوله على أحد الوجهين، والأمر فيه على التدريج كما بيَّنا، وإنما يترقَّى إلى حالة سيلان[٧] الدم، إذا لم يظهر النقصان في[٨] الأحوال التي هي[٩] أقرب[١٠] إلى الاندمال. وقوله: «أو أفسد المنبِتَ من لحية امرأة»، إنما ذكر بهذه اللفظة؛ لأن إزالة الشعور بحلق ونحوه؛ من غير إفساد المَنْبِتِ، لا يجب به حكومة أصلاً؛ لأن الشعور تعودُ مرة بعد أخرَىٰ، ولا تفوت.

المسألة الثانية: إن كان للجراحة أرشٌ مقدَّر كالموضِّحة، فالشينُ حواليها يتبعها[١١]، ولا يفرد بحكومة؛ لأنه لو استوعبَ بالإيضاح جميعَ موضعِ الشين، لم يكن

---

(١) في ز: بها.
(٢) في ز: ولا يبلغه أصل أصله.
(٣) سقط في ز.
(٤) في ز: الام.
(٥) في ز: ضربها.
(٦) في ز: بعذر.
(٧) في ز: سلاف.
(٨) في ز: و.
(٩) سقط في ز.
(١٠) في ز: أقدمت.
(١١) في ز: ينفيها.

فيه إلا أرش موضِّحة، وقد سبق هذا، أو نحو منه، وهذا إذا كان الشينُ في محلِّ الإيضاح، فأما إذا أوضح رأسه، واتسع الشين؛ حتى انتهى إلى القفا، فقد حكى الإمام فيه تردُّداً عن الأصحاب لتعدية محلِّ الإيضاح[١]، وهل المتلاحمةُ كالموضِّحة في استتباع الشين، إذا قدَّرنا أرشها بالنسبة إلى الموضحة، ففيه وجهان:

أشبهُهُما: نعمْ، وإن لم يكن للجراحة أرشٌ مقدَّر، فقد مرَّ أن ما دون الموضِّحة من جراحات الرأس، إذا أمكن تقديرها[٢] بموضِّحة على الرأس، يجب فيها أكثر الأمرين من قسْطِ أرش الموضِّحة، ومن الحكومة؛ على ما قاله الأكثرون، والجراحات على البدن، إن أمكن تقديرها بالجائفَةِ؛ بأن كان بقربها جائفةٌ، هل تقدَّر بها كالتقدير بالموضِّحة، أم الواجب فيها الحكومةُ لا غير؟ ذكر القاضي الرُّويانيُّ في «جمع الجوامع»: أنه على وجهين، وفي إيراده ما يشعر بترجيح الأول، وإذا عرفتَ ذلك، فإن قدرت الجراحة بالنسبة إلى جراحةٍ مقدَّرةِ الأرشِ، وأوجبنا ما يقتضيه[٣] التقسيطُ لكونه أكثر من الحكومة، فالشين تابع[٤] له؛ لا يفرد بحكومة؛ كالموضِّحة، وما يتقدَّر[٥] أرشه من الجراحات، وإن كانت الحكومة أكثر، وأوجبناها، فقد وفينا حق الشين، وأوجبنا ما هو قضية.

هذا ما يتلخَّص من كلام الأصحاب، وعلى ذلك يحمل قوله في المختصر: «ولو جَرَحَهُ فَشَانَ رَأْسَهُ وَوَجْهَهُ شَيْناً يَبْقَىٰ، فإِنْ كَانَ الشيْنُ أَكْثَرَ مِنَ الجُرْحِ، أُخِذَ بِالشَّيْنِ، وإنْ كَانَ الجُرْحُ أَكْثَرَ مِنَ الشَّيْنِ أُخِذَ بِالجُرْحِ، وَلَمْ يَزِدْ لِلْشَّيْنِ»، وقال الإمام حاكياً عن النصِّ، ومعبراً عنه: «إذا اندملتِ الجراحةُ، فإن كان الجرحُ أكثرَ من الشيْن، فالواجب حكومةُ الجرحِ، وإنْ كان الشيْنُ أكثر، فالواجبُ حكومة الشيْنِ، ولم يطب[٦] له الفرْقُ بين الشيْنِ والجرح أصلاً؛ من حيث إن الجراحاتِ إذا اندملت، وبقي لها أثر في محلِّها، فاسم الشين يقع عليه، وعلى محله؛ لأن الشين هو الأثر المنكر[٧]؛ من تغيُّر لون وتحوُّلٍ، واستحشافٍ، وتغيره يبقى ولحمه يزيد، ثم أشار إلى أن المقصود أنه ينظر إلى أثر محلِّ الجراحة، وإلى ما حواليه، فيحمل وجوب أكثرهما حكومةً، ويتبعها

(١) سكت الشيخ عن الترجيح.
قال في الخادم: قضية تعليل ترجيح زيادة الحكومة على أرش الموضحة لأن الإيضاح لو نزله إلى القفا لتعدد الأرش فأثبت علة عدم الإفراد.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: بعد حقيقة.

(٤) في ز: مانع.

(٥) في ز: ما يتعذر.

(٦) في ز: يطلب.

(٧) في ز: المتكون.

حكومة أقلُّهما حكومة، وحكى عن الأصحاب فيه وجهين:

أحدُهما: الأخذُ به، قال: وهو الذي ذكره الشيخان الصيدلانيُّ وأبو مُحَمَّد.

وثانيهما: وجوب الحكومتين جميعاً، فإن كان ذلك متولِّداً من جناية، وحكاه عن اختيار القاضي واختاره، وقرَّب الخلاف من الخلاف في أن الأصبع الشَّلَّاء، إذا قطعت مع ما يقابلها من الكف، هل يندرج تحت حكومتها حكومةُ ذلك الجزء[١] من الكفِّ، فإن موضع الجراحة بمثابة[٢] الأصبع الشَّلَّاء، والشين المتصلُ به بمثابة جرم[٣] الكف، فعلى رأي تتبع حكومة الكف وحكومة الأصبع؛ كما تتبع ديتها، وعلى رأي: يقال: الحكومة ضعيفةٌ لا تقوىٰ على الاستتباع؛ بخلاف الدية، وذكره تفريعاً على أنه يجب أكثرُ الحكومتين ويتبعُها الأقلُّ[٤] وجهَيْن فيما لو استويا:

أحدهما: أنهما تجبان، إذ ليست إحداهما بالإتباع أولَىٰ من الأخْرَىٰ.

وأظهرهما: أنه لا يجبُ الأخذ بهما.

والأشبهُ نسبتها إلى الجراحة؛ فإنها الأصل، والشَّيْن حادث منها، ولا يخفى أن ما أورده صاحب الكتاب منتزعٌ[٥] من طريقة الإمام ومختصرٌ منه.

«فَرْعٌ»

لو أوضح جبينه، وأزال حاجبه، فعليه أغلظُ الأمرين من أرش الموضِّحة، وحكومة الشين، وإزالة الحاجب، قاله في التتمة[٦].

النوع الثاني في القطْعِ المُبِينِ للأعضاء. فرغْنَا عن الكلام في «الجراحات».

والنوع الثاني من الجنايات: إبانةُ الأطرافِ والأعضاءِ، فمنْهَا الأذنان، فظاهر المذْهَب، وبه قال أبو حنيفة وأحمدُ: أن في استئصالهما قطعاً أو قلعاً كمالَ الدِّية، وحُكِيَ قولٌ أو وجْهٌ مخرَّج؛ أن فيهما الحكومة؛ لأن السمع لا يحلهما، وليس فيهما منفعة ظاهرة[٧]، وإنما فيهما جمالٌ وزينة، فأشبهتا الشعور؛ قال الإمام[٨] والذي

---

(١) في ز: الحد.
(٢) سقط في ز.
(٣) في ز: جرى.
(٤) سقط في ز.
(٥) في ز: تقرع.
(٦) وأخذه المتولي من الشامل كعادته وذكر في المطلب أن الماوردي نقله عن النص. قال: الشافعي في موضع آخر على خلافه.
(٧) في هامش أ: تقع ظاهر.
(٨) سقط في ز.
(٩) في ز: يهون.
(١٠) في ز: يحد.

يقوي[١] هذا الوجهَ: أنه لم يُجز[٢] رسولُ اللَّهِ ﷺ للأذنين ذِكْراً في كتابِ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ مع سائر الأعضاءِ الَّتي أوجبَ فيها الدِّيَةَ، وذلك يُشْعِر بإخراجها عن الأعضاء التي لها بدلٌ مقدَّر، ولكن الموجهين[٣] لظاهر المذْهب رَوَوْا[٤] عن كتاب عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أنَّ في الأذنين[٥] خمسِينَ من الإبل[٦]، وعن عمر وعليٍّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ـ؛ أنَّهُمَا قالا: في الأذنين الدية[٧].

واحتجُّوا أيضاً؛ بأن الأذن جنس مثنًى[٨] من الأعضاء، مضمونٌ، فيضمن بكمال الدية؛ كاليدين، والعينين، وبأن فيهما مع الجمال منفعةً من وجهين:

أحدهما: أنها تجمع الصوت وتؤديه إلى الصماخ ومحلِّ السماع.

والثاني: أنها تمنع الماء والهوامَّ؛ فإنه يحس بسبب معاطفها وتعاريجاتها بدبيب الهوامِّ، فيطردها.

وإذا قلنا؛ بالظاهر، ففي إحدى الأذنَيْنِ نصْفُ الدية، وفي بعضها بقسط، وتقدَّر بالمساحة، ولا فرق[٩] بين الأعلى والأسفل، وإن اختلفا في الجمال والمنفعة؛ كما لا فَرْقَ بين الأسنان والأصابع، وإن اختلفتْ في المنافعِ، ولا فرق في الديَةِ بين أذن السميع والأصمِّ؛ لاستوائهما في السلامة، وليس السمعُ في نفس الأذن، ولو ضرب[١٠] على أذنه، فاستحشفت، والاستحشافُ في الأذن كالشلل[١١] في اليَدِ، يقال: استحشفَتِ الأذنُ، إذا يَبِسَتْ، وصارَتْ كَحَشَفِ التَّمْرِ، وفيما يجب علَى الجاني قولانِ منقولانِ عن «الأم»:

أصحهما، على ما ذكر في «التهذيب»: أنه يجب كمالُ الدية، كما لو ضرب على يده، فشَلَّت.

والثاني، ويحكَىٰ عن أبي حنيفة: أنه لا يجب إلا الحكومة؛ لأن منفعتها لا تبطلُ بالاستحشاف؛ بخلاف شلل اليد؛ فإنه تُبطل منفعتها، وأشار في الكتاب إلى بناء الخلاف علَىٰ أن الدية في الأذن تجبُ، لما فيها من جمع الصوت، أو لما فيها من مَنْع

---

(١) في ز: الوجهين.
(٢) في ز: وروى.
(٣) في أ: الأذن.
(٤) تقدم.
(٥) رواه البيهقي عنهما، وفي الطريق عن عمر انقطاع. قاله الحافظ في التلخيص.
(٦) في ز: مبني.
(٧) سقط في ز.
(٨) سقط في ز.
(٩) في ز: كالشلاء.
(١٠) في ز: وان اعتدنا.
(١١) في ز: بالجمع وحيث.
(١٢) في ز: اعتدنا.
(١٣) في ز: لم يجب.

الهوامِّ، فإن اعتبرنا[١] الجمع، لم[٢] تجبِ الديةُ؛ لبقائه بعد الاستحْشَاف، وإن اعتبرنا[٣] المنْعَ وجب[٤] لسقوط الحسن بالاستحشاف، وبطلانِ الشعور بالدَّبيب.

ولو قطع أذنين مستحشفتين، يبنى علَىٰ هذا الخلاف، إن قلنا: هناك تجبُ الدية، فههنا تجب الحكومةُ؛ كما لو قطع يداً شلاء، وإن قلنا: تجب الحكومة، فالواجب ههنا الدية؛ لأن المنفعة المرعية[٥] إنما بطَلَتْ[٦] بالقطع.

وعن الشيخ أبي حامدٍ: القطعُ بوجوب الحكومة؛ كما في العين القائمة، واليد الشَّلَّاء، وإذا أوجبنا بقطع المستحشفتين الحكومةَ، فهل يشترط ألا تنقص هذه الحكومة مع الحكومة الواجبة بالجناية التي حَصَل بها الاستحشاف عن كمال الدية؟ حكى القاضي ابن كَجٍّ فيه وجهين. وقوله في الكتاب: «والمقدَّر من الأعضاء» يعني المقدر بذْلُهُ[٧].

ولفظ «الأُذُنَيْنِ» مُعْلَم بالواو، وكذلك قوله: «نصْف الدِّية»، وقوله: «لأنَّ فيه منفعة جَمْعِ الصَّوْتِ» لا يختص بالأصمِّ، بل الغرض بيانِ منفعةِ العُضْو، والردّ على من لم يوجِبْ فيه إلا الحكومة.

«فَرْعٌ»

لو لم يقتصرْ على استئصال الشَّاخص، بل أوضح معه العظْم، لم يجعل أرش الموضِّحة تبعاً لدية الأذن؛ لأنه لا يتبع مقدَّرٌ مقدَّراً[٨].

قال الغَزَالِيُّ: **الثَّانِي: العَيْنَانِ وَفِي إِحْدَاهُمَا إِذَا فُقِئَتِ النِّصْفُ، وَفِي عَيْنِ الأَعْوَرِ النِّصْفُ (م) وَفِي عَيْنَي الأَخْفَشِ كَمَالُ الدِّيَةِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يجبُ في فَقْءِ العينَيْنِ[٩] كمالُ الدية، وفي إحداهما نصفُها؛ لما روي عن[١٠] النبي ﷺ أنه قال: «فِي العينينِ الدِّيَةُ»[١١]، وفي كتاب عَمْرو بن حَزْم - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - الذي كتبه رسولُ اللَّهِ ﷺ: «فِي العَيْنِ خَمْسُونَ مِنَ الإِبِلِ»[١٢]، وعيْنُ الأعورِ المبصرةُ كغيرها؛ لا يجب فيها إلا نصفُ الدية؛ كما أن يد الأقْطَع لا يجبُ فيها إلا نصْفُ الدية، وقال مالك وأحمد: في عين الأعور كمالُ الدية.

ولو فقأ الأعورُ مثْلَ عينه المبصرة مِنْ إنسان، فله القصاص خلافاً لأحمد، فإن

---

(١) في ز: المدعية.
(٢) في ز: يطلب.
(٣) سقط في ز.
(٤) سقط في ز.
(٥) في ز: أن.
(٦) تقدم.
(٧) تقدم، وهو لفظ مالك أبي داود.
(٨) في ز: دية.
(٩) ينظر الصحاح ٣/١٠١٢ (عمش).

عفا المجنيُّ عليه عن القصاص، فله نصف الدية، وعن مالك أن له جميعَ الدية، وتكمل الدية[١] في عينَي الأحول والأعمش، قال في الصحاح[٢]: والعَمَشُ ضعْفُ الرؤيةِ، مع سَيَلانِ الدمع في أكثر الأوقات، ويقال: إنَّ خللِ الأعمش في الأجْفَان، والأعشَى: هو الذي لا يبصر بالليل، ويبصر بالنهار، والأخفشُ والخَفَش: صغَرُ العَيْن، وضعفُ البَصَر خلقةً، ويقال: الأخفش الذي يُبْصِرُ بالليل، دون النهار، وهذا لأن المنفعة باقيةٌ في أعين هؤلاء، ومقادير المنفعة غير منظور إلَيْها؛ ألا ترى أنه لا ينظر إلى قوة البطش، والمَشْي وضعفهما، وإذا كان في العَيْنِ بياضٌ لا ينقص الضوء، لم يمنع القصاص، ولا كمال الدية، وكان كالثَّالِيلِ في اليد والرِّجْل، ولا فرق بين أن يكون على بياض الحَدَقة، أو سوادها، وكذا لو كان على النَّاظِر[٣] إلا أنه رقيقٌ لا يمنع الإبصار، ولا ينقص الضوء، فإن كان ينقص الضوء نُظِرَ: إن أمكن ضبطُ النقصان بالاعتبار بالصحيحة التي لا بياض فيها سقط[٤] من الدية قسْطُ ما انتقص وإن لم يمكنِ الضبطُ، فالواجب الحكومة[٥]، وفرق بينه وبَيْن عين الأعمشِ؛ بأن البياض نقْصُ الضوء الذي كان في أصلِ الخِلْقَة، وعيْن الأعمش لم ينقص ضوءُها عما كان في الأصل.

قال الغَزَالِيُّ: **الثَّالِثُ: الأَجْفَانُ وَفِي كُلِّ وَاحِدٍ رُبْعُ الدِّيَةِ (م) وَفِي بَعْضِ الوَاحِدِ**

---

(١) في ز: الباطن. (٢) في ز: يسقط.

(٣) فَصَّل الماوردي في الحاوي هذه المسألة؛ فقال: لو كان في عينه قبل الجناية عليها بياض، لم يخل حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: ألا يؤثر في البصر، ويرى مع البياض ما كان يراه قبله، ففي بصره إذا ذهب بالجناية الدية تامة، ولا يكون للبياض تأثير في الدية، كما لم يكن له تأثير في البصر. وسواء كان يشق عليه النظر أو لا يشق، لأنه يدرك مع المشقة ما كان يدركه بغير مشقة.

والقسم الثاني: أن يكون البياض قد منعه من النظر حتى صار لا يبصر من قرب ولا بُعْد، فيكون بالجناية عليه كالبصر الذاهب لا تجب فيه إلا حكومة. وإن كان بصره باقياً تحت البياض، لأنه لا يبصر به، كما لا يبصر بالذاهب من أصله، وليس ما يرجى من زوال البياض بالعلاج، فيعود البصر بمانع من أن يجري عليه في الحال حكم الذاهب البصر. وإنما يفترقان في قدر الحكومة فتكون حكومة ذات البياض أكثر لبقاء البصر تحته.

والقسم الثالث: أن يكون البياض قد أذهب بعض بصره وبقي بعضه، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون قد غشي جميع الناظر، وهو رقيق فصار مبصراً أقلّ من بصره قبل البياض، فيتعذر في هذا معرفة منه بالبياض، إلا أن يكون قد عرف مدى بصره قبل البياض، فيعرف ما بقي منه بعده. أو يكون ذلك في إحدى عينيه، وقد اعتبر ذلك بالعين الصحيحة، فيلزمه من الدية بقسطه، وإن لم يعرف، ففيه حكومة.

والضرب الثاني: أن يكون البياض قد غشي بعض الناظر، فلا يبصر بما غشاه، ويبصر بما عداه، فيلزم الجاني عليها إذا ذهب بصرها ما كان باقياً منها من نصف، أو ثلث، أو ربع، إذا عرف ذلك، وخير من أهل العلم بالبصر. ينظر الحاوي ١٢/ ٢٥٤ بتحقيقنا.

يُقَدَّرُ نِسْبَتُهُ مِنَ الرُّبُعِ، وَلَيْسَ فِي إِفْسَادِ مَنَابِتِ الأَهْدَابِ وَسَائِرِ الشُّعُورِ إِلاَّ الحُكُومَةُ خِلاَفاً لِأَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَفِي انْدِرَاجِ حُكُومَةِ الأَهْدَابِ تَحْتَ دِيَةِ الأَجْفَانِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه مسألتان:

إحداهما: في الأجفان كمالُ الدية؛ لأن فيها جمالاً ومنفعة، أم الجمالُ، فظاهر، وأما المنفعة؛ فلأنها تقي الحَدَقَة عن الحَرِّ والبَرْد، والقَذَىٰ والآفات، وعن مالك: أن فيها الحكومةَ، وفي جَفْنَيْ إحدى العينَيْن نصْفُ الدية، وفي كلِّ واحدة منهما الربع؛ وذلك لأن كل متعدِّد من أعضاء البدن يجبُ في جنسه الدية، وتوزع الدية على عدد ذلك الجنس، ألا تَرَىٰ أن الدية توزَّع على اليدين والرِّجْلين؛ حتى يجب في اليد الواحدة النصفُ، وعلى الأصابع العُشْرُ؛ حتى يجب في إحداها العشر؛ قال الإمام: هذا مطَّرد إلا أن يقدِّر الشرع بدلَ الواحدِ من ذلك الجنس؛ كما فعل في السن، وفي بعض الجفْنِ الواحدِ قسطُه من الربع، وإنما يجب كمالُ الدية في الأجفان، إذا استُؤْصِلَتْ، وقد يقطع معظم الجفن، فيتقلَّص الباقي، ويوهم الاستئصال فليحقق، ولا فرق بين الجَفْن الأعلَىٰ والأسفل، وجفنُ الأعمَىٰ كجفن البصير، وكذلك جفن الأعمش، والعَمَش بمنزلة المَرَض فيه، ولا ديةَ في جَفْن المستحشف، وإنما يجب فيه الحكومةُ، ولو ضرب على الجفن، فاستحشف، فعليه الدية، ولا يجيء فيه الخلافُ المذكورُ في استحشاف الأذن؛ لبقاء المنفعة هناك، مع الاستحشاف، وإذا قلع الأجفان مع العينين، وجب دية للأجفان[1]، وأخرى للعينين.

الثانية: إزالة الأهداب وسائر الشعور؛ كشعر الرأس واللحية؛ بالحلق وغيره من غير إفساد المَنْبِتِ: لا يوجب إلا التعزير[2]، فإن أفسد منبتها، فعليه الحكومة؛ لأن الفائت[3] بتلفها الزينةُ والجمالُ، دون المقاصد الأصلية، وبهذا قال مالك وأحمد.

وقال أبو حنيفة: تجب الدية بكمالها في أربعةٍ من الشُّعُور، وهي: الأهداب، والحاجبانِ وشَعْرُ الرأس واللِّحية، فإنْ لم يكُنْ على الأجفان أهدابٌ، فالواجب بقطعها الديةُ؛ علَىٰ ما تبيَّن، وإن قطعت وعليها الأَهْدَابُ فهلْ يجب مع الدية حكومةُ الأهداب في دية الأجفان؟ فيه وجهان:

أحدُهما: أنه تجب الحكومة مع الدية؛ لأن فيها جمالاً وفائدةً زائدةً، وهي أنها

---

(١) في ز: الأجفان.

(٢) ما جزم به من إيجاب التعزير فقط محله إذا كان فيما لا يؤلم كالقص يؤلم كالنتف فوجهان في الحاوي.

(٣) في ز: الغالب.

(٤) في ز: اشتبكت.

يحتد بها النظر، وإذا أسبلت[1] دارت الغبار مع نفوذ البصر.

وأظهرهما؛ على ما ذهب إليه القاضي الطَّبريُّ والشيخُ أبو محمَّد وغيرهما: أن حكومة الأهداب تدخلُ في دية الأجفان؛ كما تدخلُ حكومة الكفِّ في الأصابع، وكما أن الشَّعْر على الساعدِ والساقِ لا يفرد بالحكومة؛ واستشهد لهذا الوجه أيضاً بأن الشَّعر علَىٰ محلِّ الموضِّحة لا يُفْرَد بالحكومة، بل يدخل في أرْش، وهذا يشعر بالقَطْع به، وكذلك ذكره الإمام وغيره، لكن في كتاب القاضي ابن كج حكايةُ وجهين في دُخُول حكومة الشعْر تحت أرش الموضِّحة، والظاهر الأول، وإن ثبت الخلافُ، وأجاب صاحب «التتمة» بما يوافق الوجه الآخر، فقال فيما إذا أوضح على الرأس أو الجبين[2]، وأزال الشعر، إنه يجب عليه أغلظ الأمرين من الأرش أو الحكومةِ؛ كما حكينا عنه فيما إذا أَوْضَحَ جبينه، وأزال الحاجب، ويمكن أن يعود الخلاف هناك أيضاً، وقوله في الكتاب: «خلافاً لأبي حَنِيفَةَ» بخلاف رسْم الكتاب، ويجوز أن يعلم لفظ «الأجْفَان وربع الدية» بالميم.

قال الغَزَالِيُّ: **الرَّابِعُ: الأَنْفُ وَفِي قَطْعِ جَمِيعِ مَا لاَنَ مِنَ المَارِنِ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَفِي بَعْضِهِ البَعْضُ بِالنِّسْبَةِ، وَهُوَ مَعَ الحَاجِزِ بَيْنَ المَنْخَرَيْنِ ثَلاَثُ طَبَقَاتٍ، فَفِي كُلِّ طَبَقَةٍ ثُلُثُ الدِّيَةِ، وَقِيلَ الحَاجِزُ فِيهِ حُكُومَةٌ، وَفِي ظَاهِرِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ المَنْخِرَيْنِ نِصْفُ الدِّيَةِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يجب في قطع المارن، وهو ما لان من الأنف، وخلا من العظم ـ كمالُ دية النفس؛ لما رُوِيَ في كتاب عمرو بْنِ حَزْم الَّذي كتبه رسول الله ﷺ: «وَفِي الأَنْفِ إِذَا أَوْعَبَ جَدْعاً ـ الدِّيَةُ»[3] أي: استوعب وحمل ذلك على المارن، دون جميع الأنف؛ لما رُوِيَ عن طَاوُس ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أنه قال: «عِنْدِي كتابُ النبيِّ ﷺ وفيه: «وفي الأنفِ، إِذَا قُطِعَ مَارِنُهُ مَائَةٌ مِنَ الإِبِلِ»[4]، ويروى: «وفي الأنفِ، إذا استُؤْصِل المارن الديةُ الكاملةُ»[5] ولأن الأنف عضوٌ فيه جمال، وفيه منفعة جمع الروائح، ومنع الغبار، وسائر ما يؤذي الدماغ عنه، وهو فرد في جنسه، فكمل فيه الديةُ؛ كاللسان والذكر، والمارنُ ثلاثُ طبقاتٍ؛ الطرفان، والوترة، الحاجزة بينهما، وكيف تتوزَّع عليها الدية؟ فيه وجهان:

---

(١) في ز: واللحيين. (٢) تقدم.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن ابن جريج عن ابن طاوس عن أبيه به، وذكره الشافعي تعليقاً، ورواه البيهقي من طريق عكرمة بن خالد عن رجل من آل عمر، نحوه.

(٤) أخرجه البيهقي من حديث أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم قال: كان في كتاب عمرو بن حزم حين بعثه رسول الله ﷺ إلى نجران: وفي الأنف إذا استؤصل المارن، الدية كاملة.

أحدهما؛ وبه قال أبو علي الطبريُّ: أنها تتوزَّع عليها جميعاً؛ لتعلق الجمال والمنفعة بها، فلو رفع الحاجز وحده، فعلَيْه ثلث الدية، ولو قطع إحدى الطرفَيْن، فكذلك، ولو قطعهما دون الحاجز أو أحدهما، مع الحاجز، فعليه ثلثا الدية، ولو قطع أحدهما، ونصف الحاجز، فعليه نصْفُ الدية.

والثاني، ويحكَىٰ عن ابن سُرَيْج وأبي إِسحاق: أن الدية تتعلَّق بالطرفين، وليس في الحاجز إلا الحكومة؛ لأن الجمالَ وكمالَ المنفعةِ فيهما دُون الحاجز، وعلَىٰ هذا ففي الحاجزِ وحده الحكومةُ، وفي قطع أحد الطرفين نصفُ الدية، وفي قطعهما دون الحاجز تمامُ الدية، وفي قطْع أحدهما مع الحاجز أو بعْض الحاجز نصفُ الدية وحكومة، وفي «التهذيب»: أن هَذا الوجه الثاني أصحُّ، ونقل أبو إسحاق الشِّيرازيُّ؛ أنه المنصوصُ، لكن إيراد الكتاب يقتضي ترجيحَ الأول، وإليه ذهب القاضيان الطبريُّ والرويانيُّ، وقد يؤيَّد بأنه إذا قطع جميع المارن لا يجبُ إلا ديةٌ واحدةٌ، ولو كانت[1] الديةُ في مقابلة الطرَفَيْن، وكان واجب الحاجز الحكومة، لأشبه ألا تدخل[2] حكومته في الدية، كما لو قطع مع المارن شيئاً مما يتصل بالشفة أو من الخدِّ، فإنه يجب لذلك حكومةٌ مع الدية، ويخرَّج مما ذكره الإِمامُ نقلاً وتلخيصاً؛ أنه لا يجب في أحد الطرفين النصْفُ، ولا الثلث، ولكن ينسب ما أُبِينَ إلى ما بقي، ويوزَّع الواجب عليهما، فيجب ما يقتضيه التقْسيط، وأقام هذا وجهاً آخر، لكنه لا يستغنى عن النظر في أن الدية يجبُ في مقابلة الطرفين، أو الطبقات الثلاث، ثم إنْ جعلنا الدية في مقابلة الطرفين، فلا يكاد يُفْرَضُ تفاوت بينهما، ولا يكون الواجب إلا النصف، وإن جعلنا في مقابلة الطبقات الثلاثِ، فيظهر تفاوت الطرفين على الوَتَرَة، ويكون الواجب فَوْقَ الثلاث، ودون النصْفَ، وأنف المجذوم إذا سَقَط بعضُه، وقطع الباقي، يجبُ فيه قسْط الباقي من الدية، وأنف الأخشم[3] كأنف السَّليم؛ فإن الشمَّ لا يحل الأنف، ولو ضرب على أنفه فاستحشف أو قطع أنفاً مستحشفاً، فعلى الخلاف المذكور في الأذن.

وقوله في الكتاب: «وفي قطع جميع ما لان مِنَ المارِنِ كلُّ الدية»، في هذه اللفظة نظرٌ، فإن المارن هو الذي لاَنَ، ويجب بقطعه الدية؛ لأنه من المارن، فكان ينبغي أن يقول: وفي قَطْعِ جميعِ ما لاَنَ من الأنف، وهو المَارِنُ، وقد يتكلَّف، فيحمل «مِنْ» على بيان الجنس، ويقال: المعنَىٰ في جميع ما لان مِنْ هذا الذي يُقَال له المارن.

---

(١) في ز: كان.

(٢) في ز: أن لا يدخل.

(٣) خَشِم الأنف: تغيرت رائحته من داء فيه، والخُشَام داء يأخذ الخيشوم فيفقده حاسة الشم. ينظر المعجم الوسيط ١/ ٢٣٦.

وقوله: «وفي بعْضه البعْض بالنسبة»، يعني إذا قطع بعْض المارِنِ، اعتبر [الباقي] بالمساحة، وأخذ قسط المقطوع من الدية، ثم الاعتبار بالجملة التي يقابلُها الدية، وفيه الخلافُ الذي بيَّناه.

«فَرْعٌ»

لو شق مارنه، فذهب منه شيء، ولم يلتئم، فعليه من الدية قسطُ الذاهب، وإن لم يذهب منه شيء التام أو لم يلتئم، فعليه الحكومة، ولو انجبرت القصبةُ بعْد الكسر، فعليه الحكومةِ، فإن بقي معوجّاً، كانت الحكومة أكثر.

قال الغَزَالِيُّ: **الخَامِسُ الشَّفَتَانِ وَفِي كُلِّ وَاحِدَةٍ نِصْفُ الدِّيَةِ (م)، وَحَدُّهُ فِي عُرْضِ الوَجْهِ إِلَى الشِّدْقَيْنِ، وَفِي طُولِهِ إِلَى مَحَلِّ ٱلاَرْتِفَاقِ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَإِلَىٰ مَا يَسْتُرُ عَمُودَ الأَسْنَانَ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَإِلَىٰ مَا يَنْتُو عِنْدَ الانْطِبَاقِ عَلَىٰ وَجْهٍ وَهُوَ الأَقَلُّ، وَقِيلَ: إِذَا قَطَعَ مِنَ الأَعْلَىٰ مَا لاَ يَنْطَبِقُ عَلَىٰ الأَسْفَلِ، فَقَدِ ٱسْتَوْفَىٰ الْكُلَّ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في قطع الشفتين، إذا استوعبَنا كمالَ الدية؛ لما رُوِيَ في كتاب عمرو بْن حزم ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ الَّذي تكرَّر ذكره، وفي الشفتين الدِّية، ولأن فيهما جمالاً ومنفعةً ظاهرةً لما يتعلَّق بهما من تمام الكلام، وإمساك الرِّيق والطعام، ولا فرق بين أن يكُونا غليظتَيْن أو رقيقتَيْنِ، كبيرتين أو صغيرتين، وفي إحداها نصفُ الدية، وتستوي في ذلك العليا والسفلى، وإن فرض تفاوتٌ في المنفعة، كما في اليدين والأصابع، وبه قال أبو حنيفة، وهو روايةٌ عن مالك، ويروَىٰ عنه أن في العليا ثُلُثَ الدية، وفي السفلَىٰ الثلثين؛ لأنها التي تمسك الريق والطعام، وتتحرَّك عند المضغ والكلام، وقد تعكس الرواية، ويقال: يجبُ في العليا الثلثان، وفي السفلَى الثلُثُ؛ لأن الجمال في العليا أكثر، ويجب بقطع بعض الشفة بعْضُ الدية على ما يقتضيه التقسيطُ، وحدُّ الشفة في عُرْض الوجه إلى الشِّدْقين، وقد يقال: حدُّ الشفَةِ في الطُّول فتحةُ الفم من الجانب إلى الجانب الآخر، وهذه العبارة معناها معنى الأوَّل، والمراد بالطُّول طُول الفم، وأما في عرض الفم[1] فقد جمع الإمام في حدِّها أوجهاً : **أحدها**: أنه من المتجافي إلى محلِّ الارتتاق؛ لوقوع الاسم علَىٰ جميع ذلك، وموضع الارتتاق من الأعلى يقرب من الوترة، ومن الجانب الأسفل يقع في محاذاة نهاية العَنْفَقَةِ.

والثاني: أن الشفة من حرف الفم إلى المَوْضِع الذي يستر اللِّثة، وعُمُورَ الأسنان، ولا يكاد هذا القائل يُسَلِّم تناول الاسم ما وراء ذلك.

---

(١) في ز: طول الوجه.

والثالث، عن الشيخ أبي محمد: أنه القدر الذي ينتو عند إطباق الفم؛ كما أنه يراعى هذا القدر في الشُّفْرَيْن.

والرابع: أن القدر الذي لو قطع لم تنطبق الشفة الأخرَىٰ على الباقي هو كلُّ الشفة، حكاه الإمام عن مرامز كلام الأئمة.

والوجه الثالث: أقلُّ المقادير، والأول أكثرها، والثاني معتدلٌ متوسِّط، وروي ذلك عن نصه ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ في «الأم»، وهو الذي أورده أكثر المتكلِّمين في حد الشفة. وقوله في الكتاب: «وفي كل واحدةٍ نصْفُ الدية» معْلَم بالميم؛ لما روينا.

وقوله: «إلى ما يستر عُمُورَ الأَسْنَانِ»، وقد يقال بدله: «إلى ما يستر اللِّثة»، وقد يجمع بينهما، والعُمُورَ جمعُ: عَمْرٍ، وهو: اللحم بين الأسنان، واللِّثَة: اللحمُ حوْلَ السِّنْخ، وهو وراء العُمُورَ، فيجوز أن يقدَّر فيه اختلاف، ويجوز أن يبني الأمرُ على التقريب[1]، وذكر اللثة يغني عن ذكر العُمُور، فإنها وراء العمور، ولا ينعكس، وذكر في «الوَسِيطِ» بعد حكاية هذه الوجوه أن تقدَّر كل الشفة بأن يقدر قوساً طرفاه عند الشِّدْقَيْن، ومُحَدَّبُه[2] عند الارتتاق، أو ما دونه، على أحد الوجوه، فما يحويه مقعر هذا القوس، هو كلُّ الشفة، وفي «النهاية» نحْوٌ من هذا، لكن على الوجه الأول خاصَّة، ويشبه أن يقال: لا معنى لتقدير القوْسِ واعوجاج الخَطِّ، ولكن موضع الارتتاق مما يحاذي وتره الأنْف من الأعلى، إلى موضع الارتتاق مما يحاذي الشِّدْقَ من الأسفل يقرب من المسامتة، فليعتبر خط مستقيم من[3] محاذاة الوَتَرَة إلى محاذاة الشِّدْق، وكذلك في الشفة السفلَىٰ ويكون حدُّ الشفتين معاً شكْلَ مربَّع مستطيل أو غير مستطيل، ولا يبعد عن العُرْف، وإطلاق الاسم أخذ شيء من الشِّدْق في حد الشفة، لكن قال الإمام: لم يَصِرْ إليه أحدٌ من الأصحاب.

«فَرْعٌ»[4]

لو ضرب على شفته، فأشلَّها، فصارت منقبضة لا تسترسل، أو مسترسلة لا تنقبض، فعليه الدية[5]، ولو قطع شفةً شلاء، فعليه الحكومة، ولو شق

---

(١) في ز: القريب.
(٢) في ز: وفخذييه.
(٣) في ز: عن.
(٤) في أ: فروع.
(٥) قال في البحر: ولا يختلف المذهب فيه لبطلان المنفعة كاليدين إذا شلتا. وقال في الحاوي: إذا استرختا حتى لم ينفصلا عن الأسنان إذا كشر أو ضحك لا يلزم كمال الدية عندي لبقاء منفعتهما بحفظ الأسنان وما يدخل في الفم من المأكول فينبغي أن تجيء حكومة بخلاف ما لو تقلص حتى ذهب جميع منافعها.

شفتيه[١]، ولم يبن[٢] منها شيء لم يلزمه إلا الحكومة[٣]، ولو قطع شفة مشقوقةً، ففي «التهذيب» و«التتمة»؛ أن فيها ديةً ناقصةً بقدر حكومة الشق، ولو قطع بعض الشفة، وتقلَّص الباقي حتى بقي المقطوع كالذي قطع جميعها منه، ففيه وجهان:

أحدهما: أن الدية تتوزَّع على ما قطع، وعلى ما بقي[٤].

والثاني: يجب كمالُ الدية؛ لأن منفعة الباقي قد بطَلَت بالجناية، فصار كما لو قَطَع بعض الأصابع، وأشلَّ بعضها، وهل يتبع حكومة الشارب دية الشفة، نقل [القاضي] ابن كج فيه وجْهَيْن.

قال الغَزَالِيُّ: **السَّادِسُ فِي لِسَانِ النَّاطِقِ كَمَالُ (ح) الدِّيَةِ، وَفِي الأَخْرَسِ الحُكُومَةُ، وَفِي الصَّبِيِّ كَمَالُ الدِّيَةِ إِلاَّ إِذَا قُطِعَ عَقِيبَ الوِلاَدَةِ وَلَمْ يُظْهَرْ أَثَرُ القُدْرَةِ بِالتَّحْرِيكِ وَالبُكَاءِ فَإِنَّ السَّلاَمَةَ لَمْ تَسْتَيْقَنْ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في اللسان كمالُ دية النَّفْسِ؛ لما روي عن كتاب عَمْرِو بنِ حَزْم ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ: «وفي اللِّسَانِ الدية»، وأيضاً: ففيه جمالٌ ومنافعُ ظاهرة، كمنفعة النطق التي تتميز بها الإنسان عن البهيمة، وكمنفعة الذوق، وكالإعانة على المضغ بردِّ اللقمة إلى الأضراس، وقد روي أن رسول الله ﷺ سُئِلَ عَنِ الْجَمَالِ، فَقَالَ: «هُوَ فِي اللِّسَانِ»[٥]، ولسان الألْكَنِ، والمُبَرْسَم الذي ثقلَ كلامه كغيره، وكذلك لسانُ الأَرَتِّ والألْثَغ، ويجعل ما فيه من الضعْفِ كضعف البطش في اليد، قال القاضي الرُّويانيُّ: ويحتمل أن يقال خلافه، وفي لسان الأخرَسِ حكومةٌ، كما في اليد الشلاَّء، سواءٌ كان

---

(١) في ز: شقته.
(٢) في ز: يكن.
(٣) في ز: لزمته الحكومة.
(٤) سكت الشيخ عن الترجيح. قال في الخادم: يتأيد الأول بقوله في الأم «ولو قطع من الشفة شيء كان فيها بحساب ما بقي».
(٥) أخرجه الحاكم في المستدرك طريق أبي جعفر بن علي بن الحسين عن أبيه قال: أقبل العباس إلى رسول الله ﷺ وعليه حلتان، وله ظفيرتان، وهو أبيض، فلما رآه تبسم، فقال: يا رسول الله ما أضحكك؟ أضحك الله سنك، فقال: أعجبني جمال عم النبي، فقال العباس: ما الجمال؟ قال: اللسان، وهو مرسل، وقال ابن طاهر: إسناده مجهول، ورواه العسكري في أمثاله من حديث آل بيت العباس عن العباس، وفي إسناده محمد بن زكريا الغلابي، وهو ضعيف جداً، ورواه أيضاً عن ابن عائشة عن أبيه معضلاً، ورواه الخطيب وابن طاهر من حديث ابن المنكدر عن جابر بلفظ: جمال الرجل فصاحة لسانه، وفي إسناده أحمد بن الجارود الرقي وهو كذاب، وأخرجه العسكري في الأمثال من وجه آخر بلفظ: إن جمال، فذكره، وفي إسناده عبد الله بن إبراهيم الغفاري، وهو ضعيف.

الخرس أصلياً أو خَرِسَ بمرضٍ، وعن أبي الطيِّب بن سلَمَة؛ أنه يمكن تخريج قول؛ أنَّ الواجب فيه الديةُ، والمذهب الأوَّل؛ وذلك إذا لم يذهب الذوْقُ بقَطْع لسان الأخرس، أو كان قد بَطَل ذوقه من قبل، فأما إذا قطع لسانه، فذهب ذوقه، وجبت الدية؛ لذهاب الذوق، ولو تعذر النطقُ، لا لخللٍ في اللسان، ولكنه ولد أصمَّ، فلم يحسن الكلام؛ لأنه لم يسمع شيئاً، فالواجبُ فيه الديةُ أو الحكومةُ، فيه وجهان يجيء ذكرهما[1]، وإذا قطع لسان الطفل، نُظِرَ إن نطق بـ«بابا» و«دَادَا» ونحوهما، أو كان يحركه عند البكاء، والضَّحِك، والامتصاص تحريكاً صحيحاً، وجبت الدية؛ لظهور آثار الكلام فيه، وعن أبي حنيفة؛ خلافه، وإن لم يوجد نطقٌ وتحريكٌ في أن بلغ وقت النطق والتحريك، فالواجب فيه الحكومة؛ لإشعار الحال بالعجز، وإن لم يبلغ بأن قطع لسانه عَقِيب الولادة، فالذي أورده في الكتابِ أنه لا يجب الدية؛ لأن سلامته غير مستقيمة، والأصْلُ براءة الذمَّة عن الدية، وحكى الإمام قطْعَ الأصحاب به، ووقفة لشيخه أبي محمَّد فيه، والذي يوجد في كتب عامة الأصحاب وجوب الدية؛ أخذاً بظاهر السلامة، كما تجب الديةُ في يده ورجله، وإن لم يكن بَطْش في الحال، وهذا ما حكاه القاضي ابن كَجٍّ عن أبي إسحاق، وذكر أن أبا الحسين نقل في المسألة قولين، وليعلَم لما ذكرنا قوله: «إلاَّ إذا قُطِعَ عَقِيبَ الولادةِ، ولم يظهر أثرُ القُدْرة»، وقوله: «وفي الأخْرَسِ حكومةٌ» يجوز أن يُعْلَم بالألف؛ لأن عنده في لسان الأخرسِ ثلثَ الدية في أظهر الروايتين.

ولو قطع بعض لسان الصبيِّ، واقتضى الحال إيجابَ الحكومة، فأخذناها، ثم إنَّه نطق ببعض الحروف، وعرفنا سلامة لسانه بلغنا بالحكومة القَدْر الذي يقتضيه القطْعُ من الدية، ولو كان للسانه طرفانِ، نُظِرَ: إن استويا في الخلقة، فهو لسان مشقوق، فيجب بقطعهما الدية، ويقطع أحدهما قسْطُه من الدية، وإن كان أحدهما تامَّ الخلقة أصلياً، والآخر ناقصَ الخلقة زائداً، ففي قطعهما ديةٌ وحكومةٌ، وفي الأصليِّ الدية، وفي الزائدِ الحكومةُ، ولا يبلغ بحكومته ديةُ قدره من اللسان من ثلث وربع وغيرهما، وفي قطع اللهاة الحكومة.

قال الغَزَالِيُّ: **السَّابعُ: الأَسْنَانُ وَفِي كُلِّ سِنٍّ تَامَّةٍ أَصْلِيَّةٍ مَثْغُورَةٍ غَيرِ مُتَقَلْقِلَةٍ بِالهَرَمِ خَمسٌ مِنَ الإِبِلِ مِنْ غَيرِ تَفَاضُلٍ، وَفِي الشَّاغِيَةِ حُكُومَةٌ، وَفِي سِنٍّ مِنَ الذَّهَبِ تَشَبَّثَ بِهَا**

---

(١) قال في الخادم: لم يجيء لهما ذكر فيما بعد والراجح الثاني فقد سبق منه أنه لا فرق في إيجاب الحكومة في الأخرس بين الأصلي والعارض قد تزيد الأسنان على ثنتين وثلاثين فإن زادت فهل يجب لكل سن خمس أم لا تجب في الزائد على ذلك إلا الحكومة كالأصبع الزائدة وجهان لم يرجح الشيخ منهما شيئاً وقال الشيخ البلقيني في تصحيح المنهاج أن الأرجح الثاني وقال في الخادم: أن القمولي قال: إن الأصح الأول.

اللَّحْمُ وَاسْتَعَدَّتْ لِلْمَضْغِ حُكُومَةٌ عَلَىٰ أَحَدِ القَوْلَيْنِ، وَفِي قَطْعِ نِصْفِ السِّنِّ نِصْفُ الأَرْشِ، وَفِي إِدْخَالِ السِّنْخِ فِي حِسَابِ السِّنَّةِ وَجْهَانِ، وَبَقِيَّةُ الذَّكَرِ مِنَ الحَشَفَةِ، وَحَلَمَةُ الثَّدْيَيْنِ مِنَ الجُمْلَةِ، وَقَصَبَةُ الأَنْفِ مِنَ المَارِنِ كَالسِّنِّ مِنَ السِّنْخِ فِي أَنَّ حُكُومَتَهَا هَلْ تَنْدَرِجُ عِنْدَ الاسْتِئْصَالِ؟ وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّهُ يَجِبُ بِجَمِيعِهَا حُكُومَةٌ إِذَا اسْتُؤْصِلَتْ مَعَ دِيَةٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يجب في كلِّ سنٍّ من الذَّكَر الحُرِّ المسْلِم خمْسٌ من الإبل، لما روي في كتاب عَمْرو بن حَزم ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ الذي كتبه رسُولُ اللَّهِ ﷺ: «وَفِي السِّنِّ خَمْسٌ مِنَ الإِبِلِ»[١]، وعن عبد الله بن عَمْرو بن العاص ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ؛ أن النبيَّ ﷺ قالَ: «فِي كُلِّ سِنٍّ خَمْسٌ مِنَ الإِبِلِ»[٢]، ولا فرق في وجوب الدية بين أن يكونَ تفويتُ السن بالقلع، أو القطع، أو الكسر، ولو قلع سنه، فبقيت متعلِّقة بعروق، ثم عادت إلى ما كانت، ذكر الرويانيُّ في «جمع الجوامع»؛ أنه لا دية؛ لأن الدية إنما تجبُ بالإبانة، ولم توجد، وعليه حكومة الجناية، وتستوي الأسنان في الدية، وإن اختلفتْ منافعها؛ لما روي عن ابن عبَّاس ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ قال: «جَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَصَابِعَ اليَدِ وَالرِّجْلِ سَوَاءً»[٣]، وقال: الأسنانُ سواءٌ، الثَّنِيَّةُ والضِّرْس سواءٌ، وهذه [وهذه][٤] سواء، واختصاص بعضها بزيادةِ طولٍ لا يوجب الاختصاص بمزيد بدلٍ؛ كما في الأصابع، وضبط صاحب الكتاب القيودَ التي تعتبر في السنِّ لتكميل الدية؛ فقال: «في كلِّ سِنٍّ تَامَّةٍ أَصْلِيَّةٍ. . .» إلى آخره، وهي أربعة:

الأول: أن تكون أصليةً؛ ففي السن الشاغية الحكومة دونَ الدية[٥]، ولو سقطَتْ سنَّة، فاتخذ سناً من ذهب، أو حديد، أو عظم ظاهِرٍ، لم يلزم بقلعها الديةُ، وأما الحكومة، فإن قلعت قبل الالتحام، لم يلزم أيضاً، ولكن يعزِّر القالع، وإن قلعت بعد تشبُّث اللحم بها، واستعدادها للمضغ والقطع، فقولان:

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه الشافعي وأبو داود وغيرهما، وقد تقدم في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

(٣) أخرجه أبو داود والبزار بتمامه، وابن ماجة مختصر، وابن حبان، وهو في صحيح البخاري مختصر بلفظ: هذه وهذه سواء، يعني الخنصر والإبهام، ولأبي داود والنسائي وابن ماجة من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ: الأصابع والأسنان سواء، في كل إصبع عشر من الإبل، وفي كل سن، خمس من الإبل. ولهم من حديث أبي موسى: إن الأصابع سواء، عشراً عشراً من الإبل، وأخرجه ابن حبان وهو في كتاب عمرو بن حزم أيضاً.

(٤) سقط في ز.

(٥) وما ذكره من أن الشاغية المراد بها الزائدة تابع فيه الجوهري فإنه قال في الصحاح: السن الشاغية هي الزائدة على الأسنان التي تخالف نبتتها نبتة غيرها.

أحدهما: أنه يجب الحكومةُ؛ لما فيها من المنفعة والجمال.

وأظهرهما: المنع؛ لأنها مُلْحَقَة، وليست جزءاً من الشخْص، قال الإمام: ولا يتصوَّر أن يلتحم على اللحم ذهبٌ، والله أعلم.

القيد الثاني: أن تكون تامَّة، وتكمل الدية بكسر ما ظهر من السنّ، وإن بقي السِّنْخ[١] بحاله؛ لأن السنَّ اسم للظاهر، والمستتر باللحم يسمى سِنْخاً، ولأن الجمال والمنفعة من العضّ، والقطع[٢]، والمضغ، وجمع الريق، كلُّ ذلك يتعلَّق بالظاهر، ومنفعة المستتر حملُ الظاهر وحفظُه، وهو مع الظاهر كالكَفِّ مع الأصابع، ولو قلع السن من[٣] السِّنْخ لم يجبْ زيادة على أرش السنّ، بل تدخل حكومة السنخ في دية السن؛ كما تدخلُ حكومة الكفِّ في دية الأصابع، هذا ما أطلقه الجمهورُ، وحكى الإمام في ذلك طرقاً:

إِحْدَاها: أن فيه وجهين:

أظهرهما: ما أجاب به الجمهور، واحتجَّ له بأن النبيَّ ﷺ قال: «في كُلِّ سِنٍّ خَمْسٌ مِنَ الإِبِلِ»، والأولَىٰ حمل كلامه على ما يجري مثله في العُرْف، وقلع السن من الأصْل هو الذي يتَّفق، فأما قطع الظاهر، فلا يتفق إلا باعتمادٍ وتكلفٍ.

والثاني: أنه يجب حكومةٌ للسنخ، مع أرش السنّ؛ لزيادة الجناية بقلع السِّنْخ.

والثانية: القطْعُ بالوجه الأَوَّل.

والثالثة: القطع بالثاني؛ تعليلاً بأن السِّنْخَ باطنٌ؛ فيفرد بالحكومةِ[٤].

ولو كسر الظاهر واحد، وجاء آخر، وقلع السِّنْخ، فعليه الحكومة، وعلى الأول الدية؛ بلا خلاف، ولو عاد الأول، وقلعه بَعْد الاندمال، فعليه الحكومة مع الدية، وإن قلعه قبل الاندمال، فوجهان عن القاضي الحُسَيْن، والذي يوافق إطلاق أكثرهم؛ أن الجواب كذلك.

والثاني: أن حكومة السِّنْخ تندرجُ تحت دية السنّ؛ كما لو قلعهما معاً، ويجوز أن يفرق بين قلع الأوَّل وغيره، كما في رفع الحاجز بين الموضحتين، وطرد مثل هذا في قطع الكف بَعْد قطع الأصابع؛ إما من قاطع الأصابع أو غيره، ولو قطع بعض الظاهر،

---

(١) في ز: السبح.
والسِّنْخُ من الأسنان: مفارزها في الفك. ينظر المعجم الوسيط ١/ ٤٥٣.
(٢) سقط في ز.
(٣) في ز: مع.
(٤) في ز: بالحكم.

وأبقَىٰ[١] بعضه فعليه قسط ما قطع من الأرش، وكيف يقسَّط، أينسب المقطوع إلى الظاهر وحده[٢]؛ حتى يكون نصفاً مَثَلاً، أو الثُّلث مع السنخ؛ حتى يكون ربعاً؟ الوجه أن يقال: إن أوجبنا في قلع الظاهرِ مع السِّنْخ أرشاً وحكومة، فالتوزيع على الظاهر وحده، وإن أدرجنا الحكومةَ تحت الأرش، فوجهان حكاهما المتولِّي، والإمامُ، وصاحبُ الكتاب:

أصحُّهما؛ وهو جواب المُعَظَم: أن التوزيع على الظاهر وحده؛ لأنا نوجب فيه تمام الأرش، وإذا وجب جميع الأرش في جميعه، وَجَبَ بعضه في بعضه، وهذا كما أن دية اليد، إذا وجبت بقطع الأصابع، وَجب في بعضها قسطه، ولا ينظر إلى الكف، وأيضاً: فالسنخ مستتر، وغوصه مختلفٌ يتعذَّر الوقوف عليه، والنسبة إليه.

والثاني: أن التوزيع على الظاهر، والسِّنْخ جميعاً؛ لأن السِّنْخ مع الظاهر كالشيء الملتحم؛ بخلاف الأصابع مع الكفّ، فإنها منفصلةٌ عنها، مربوطةٌ بها بالأعصابِ والرِّباطات، ومن ذهب إلى هذا الوجْهِ، قال: قضيَّته ألا يجب تمام الأرش عند قطْعِ جميع الظاهر، لكن إذا قطع الجميع، لم يبق للسِّنْخ منفعةٌ بها مُبَالاةٌ، فإن منفعته المقصودة حمل الظاهر، وحفظه؛ فلذلك أتممنا الأَرْشَ فيه، وإذا بقي من الظاهر بعضه، ففي السِّنخ منفعة حمله، فوزعنا الأرش علَىٰ ما ذهب، وعلى جميع ما بقي منتفعاً به، وفي معنى ما نَحْنُ فيه صُوَرٌ:

منها: أن الدية تكمل في قطع الحَشَفة، ولو استؤصلَ الذكَرُ، فيفرد بقية الذكر بحكومةٍ، أو تندرج حكومتها تحْتَ دية الحشفة؟ حكى الإمام فيه طريقين:

أحدهما: أن فيه وجهين.

والثاني: القطع بالاندراج.

ومنها: حَلَمَةُ الثذْيِ فيها كمالُ الدية، ولو استؤصل الثدْيُ، ففيه الطريقان، والأصحُّ فيهما الاندراج.

ومنها: في المارِنُ كمالُ الديةِ؛ على ما سبق، ولو قطعه مع القَصَبة، فهل يجب حكومة القصبة، أو لا يجب إلا الديةُ؟ ذكر الإمام أن فيه وجهين، وأن المذهب الظاهرُ فيهما الاندراج[٣]، وههنا كلام، وهو أنا قدَّمنا أن قصبة الأنف محلُّ الموضحة في

---

(١) في ز: وبغى. (٢) في ز: ظاهر واجده.

(٣) والرافعي عزا هذا التصحيح للإمام بل كاد يرجح أنه يقلع بالحكومة أرش المنقلة فإنه قال بحثاً: قدمنا أن قصبة الأنف محل الموضحة وكذا محل الهاشمة والمنقلة وذكرنا وجهين أن الجراحة الواصلة إلى داخل الأنف هل تكون جائفة وإذا كان كذلك فقطع قصبة الأنف وإبانتها أعظم من=

الوجه، وكذا محلُّ الهاشمة والمنقلة، وذكرنا وجهين في أن الجراحة الواصلَةَ إِلَىٰ داخل الأنف، هل تكون جائفة، وإذا كان كذلك، فقطع قصبة الأنف وإبانتُها أعظَمُ من المُنَقِّلة، فيجب أن يجب فيه مع أرش المارنِ أرشُ المنَقِّلة، وهكذا حكى القاضي ابن كَجٍّ الجواب فيه عن نصِّه ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ في «الأم»، ولم أجد تغيره تعرُّضاً لذلك، وإذا قلنا؛ بالاندراج في هذه الصورة، فلو قطع بعض الحَشَفة، أو الحَلَمة، أو المارن، فالمقطوعُ يُنْسَب إلى الحَشَفة، أو جميع الذكر وإلى الحَلَمة، أو جميع الثَّدْي؟ وإلى المارن أو إلى المارن مع القَصَبة؟ فيه الوجهان المذكوران في قَطْع بعض الظاهر من السنِّ، والأصحُّ التوزيع على الحَشَفة، والحَلَمة، والمارن، وحدُها كما ذكرنا في السنِّ والسِّنخ، وإذا اختلف الجانِي في القدْر المكْسُور من الظاهر، والمجنيُّ عليه، فالمصدَّق الجاني؛ لأن الأصل براءة ذمته.

«فُرُوعٌ»

لو كسر واحد بعض ما ظهر، ثم جاء آخر، وكسر الباقي من الظاهر، فعلى كلِّ واحد قسطُ ما كسره من الأرش، ولو قطع الثاني الباقِيَ مع السِّنْخ، فعن نصِّه ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ في «الأم» أن عليه قسْطَ الباقي من الأرش، وحكومة للسنخ، وللأصحاب فيه طريقان:

أحدهما: أن فيه وجهين:

أحدهما: الأخذُ بظاهر هذا النصِّ، وإيجاب حكومة للسنخ؛ لأنَّ الباقي بعض السنخ، وإنما يجعل السنخ تابعاً لجميع السن.

والثاني: أنه كما يتبع الجميع يتبع البعض؛ لأنَّه لا فائدة للسنخ إلا حملُ ما عليه مِنْ كلِّ السن أو بعضها.

وأظهرهما؛ وبه قال الشيخ أبو حامد، وعليه جرى ابن الصَّبَّاغ، وصاحب «التهذيب» وغيرهما: أنه ينظر في جناية الأول؛ فإن كسر بعض السن في العرض، وبقي الأسفل بحاله، فليس على الثاني حكومةٌ للسنخ، بل يدخلُ في أرش الباقي من السن، كما لو قطعت أنامل رجُلٍ، ثم جاء آخرُ، وقطع يده من الكوع، لا يلزمه حكومة الكف، بل تدخلُ في دية ما بقي من الأنامل، وإن كسر بعضها في الطول، فحكومة للسنخ بقَدْر ما يجب الباقي من السنِّ تدخل في أرشه، وما لا شيء فوقه من السنخ

= المنقلة فيجب أن يجب فيه أرش المارن أرش المنقلة وهكذا حكى القاضي ابن كج الجواز فيه عن نصه في الأم ولم أجد لغيره تعرضاً لذلك. انتهى.

تجبُ حكومته؛ كما ذكرنا، فيما إذا قطع كَفّاً عليها بعض الأصابع دون بعض، ولو ظهر بعض السنخ؛ كخلل أصاب اللثة، لم يلحق ذلك بالظاهر، بل كمال الدية فيما كان ظاهراً في الأصل.

ولو تناثر بعضُ السنّ أو تآكل، ففي قلعها قسطُ ما بقي من الدية، فإن اختلفا في قَدْر المتناثر أو المتآكل، فالقولُ قولُ المجنيِّ عليه مع يمينه.

ولو كانت أسنانُهُ من الأعلَىٰ طويلةً ومن الأسفلِ قصيرةً، أو بالعكس، لم يؤثر ذلك، ووجب لكل واحدةٍ كمالُ الأرش، والغالب أن الثنايا من الأسنان تكونُ أطول من الرَّبَاعِيَاتِ بقليل، فإن كانت ثنايا إنسان مثل الرباعيات، أو أقصر منها، ففيما يجب فيها اختلافٌ للأصحاب:

حكى الإمام عن الأكثرين؛ أنه لا يجب فيها تمام الأرش، ولكن ينقص منه بحسب نقصانها، وهذا ما أورده الرُّويانيُّ، قال: ويخالف هذا ما إذا كانت أسنانُ الصف الواحد بأسرها قصيرةً، فإن الغالب أنَّ مثل ذلك لمعنًى في الخلقة، وتفاوت الأسنان في الصف الواحد يُشْعِر بأنه قد أصاب المنبِتَ خللٌ، وأن النقصان [كان] لذلك، وقال قائلون: يكمل فيها الأرش؛ لوقوع الاسم عليها، ودخولها تحتَ قوله ﷺ[1]: «فِي كُلِّ سِنٍّ خَمْسٌ مِنَ الإِبِلِ» وهو ما أورده في «التهذيب»، وسَوَّى بين [أن تكون الرَّبَاعِيَاتُ أطْولَ من الثنايا، وبيْن أن تكون الثنايا أطْوَلَ، إذا تفاحش][2] التفاوت بينهما.

ولو كانت إحدى السنين من الأعلَىٰ أو الأسفل أقصرَ من أختها، فقلعت القصيرة ينقص من ديتها بقدر نقصانها؛ لأن العادةَ الغالبة أنهما لا يختلفان، وإذا اختلفا، كانت القصيرة ناقصة، فإن انتهى صغَرُ السن إلى أن بطَلَت منفعته، ولم تصلُحْ للمضغ، ففي قلعها الحكومةُ دون الدية، كاليد الشَّلاَّء.

وقوله في الكتاب: «كالسنّ من السِّنْخ في أن حكومَتَها تندرجُ عند الاستئصال» وحقُّ النظْم أن يقال: كالسِّنْخِ من السنِّ.

وقوله: «وفيه وجه أنَّه يجبُ لجميعها حكومةٌ، إذا استؤصِلَتْ مع دية»، في اللفظ تقديمٌ وتأخير، والمعنى: يجب لجميعها، إذا استؤصلَتْ حكومةٌ، مع دية أو حكومةٌ مع ديةٌ[3]، إذا استؤصلَتْ.

قال الغَزَالِيُّ: **وَسِنُّ الصَّبِيِّ فَضْلَةٌ كَشَعْرِهِ فَلَيْسَ فِيهِ أَرْشٌ وَلاَ قِصَاصٌ إلاَّ إِذَا بَانَ**

---

(١) سقط في ز.
(٢) سقط في ز.
(٣) سقط في ز.

بِالآخِرَةِ فَسَادُ المَنْبِتِ، فَإِذَا مَاتَ قَبْلَ التَّبَيُّنِ فَفِي الأَرْشِ وَجْهَانِ لِتَقَابُلِ الأَصْلَيْنِ، وَالمَثْغُورُ إِذَا عَادَ نَادِراً فَفِي ٱسْتِرْدَادِ الأَرْشِ قَوْلاَنِ، وَالمُوضِحَةُ إِذَا ٱلْتَحَمَتْ بِلَحْمٍ جَدِيدٍ لاَ يُسْتَرَدُّ أَرْشُهَا لِأَنَّهُ جَدِيدٌ، وَالبَطْشُ وَالبَصَرُ إِذا عَادَ يُسْتَرَدُّ لِأَنَّهُ الأَوَّلُ، وَقَدْ عَادَ، وَالسِّنُّ دَائِرٌ بَيْنَهُمَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: القيد الثالث: أن تكونَ مثغورةً، فلو قلع سن صبيٍّ، لم يثغر، فقد سبق في «كتاب الجراح» أنه لا يستوفى[١] في الحال قصاصٌ ولا ديةٌ؛ لأن الغالب أنها تعود، فهي كالشَّعْرَ يُخلَق، ولكن ينتظر عودُها، فإن عادت، فلا قصاص ولا دية، وتجب الحكومة، إن بقي شَيْن، وإلا فعلى ما ذكرنا في الحكومات؛ أنه لا يجب شيء، أو يعتبر حال الجناية، وقيام الألم، وإن لم تعد، وفسد المنبت، استوفى القصاص أو الدية[٢]، فإن مات الصبي قبل أن يتقين[٣] الحال، ففي وجوب الأرش وجهان، وقيل قولان[٤]:

أحدهما: يجب؛ لأن الجناية قد تحقَّقت، والأصل عدم العَوْد[٥].

والثاني: المنع؛ لأن الأصل براءة الذمة، والظاهر أنه لو عاش لعادَتْ، وهذا أقوى[٦]؛ على ما قالَهُ القاضي ابن كَجٍّ وغيره؛ وعلى هذا فتجب الحكومة، قال في «التتمة»: وذلك على طريقة من يعتبر حالة الجناية، وتواصل الألم.

ولو قلع قالع سنَّ الصغير، وجاء آخر وجنَىٰ على منبته جنايةً أبطلت النبات، قال الإمام: لا وجه لإيجاب الأرش على الثاني ولا عليهما؛ أما الأوَّل، فيجوز أن يقال بوجوبه عليه، ويجوز أن يقتصر على الحكومة، ولو سقطَتْ سنه بنفسها، ثم جنى جانٍ، وأفسد المنبت، فيجوز أن يقال بوجوب الأرش على الثاني؛ لأنه أفسد المنبت، ولم يسبق جناية يُحَالُ الفساد عليها.

ولو قلع سنّ مثغور، فأخذ منه الأرش، فعادت السنُّ على ندرة عودها، فهل يسترد الأرش؟ فيه قولان؛ بناءً على أن ما يعود يقام مقام الأول، ويجعل كأنه لا فوات،

---

(١) في ز: لا يسير.

(٢) يعني يجب القصاص في صورة العمد والدية بالعفو أو في صورة الخطأ، وما جزم به من القصاص هو المعروف ونقل الغزالي فيه قولاً.

(٣) في ز: يتبين.

(٤) ما رجحه من أن الخلاف وجهان مستبعد والصواب الثاني فقد نص عليهما الشافعي في الأم. وممن نقلهما قولين الماوردي وغيره، وقال في الذخائر: حكاهما العراقيون قولين والخراسانيون وجهين.

(٥) في ز: القود.

(٦) في أ: أوفق.

أو يجعل العائدُ نعمةً جديدةً خوَّلها الله تعالى بلا توقُّع وانتظار، وقد ذكرنا في «الجراح» قولين، والحالة هذه، في سقوط القصَاص؛ بناءً على المعنيين، والظاهر أنه لا يسقط، وأن الأرش لا يسترد، والموضِّحة إذا التحمت والتأمتْ بعد ما أخذ أرشها، لم يستردَّ؛ كما ذكرنا أنه لا يؤثر في سقوط القصاص، وحكَيْنا عن صاحب «التقريب» وجهاً في الجائفة؛ أنها إذا التحمت، زالَ حكمها، وأن الإمام رأى طرده في الموضحة، ورأى تخصيصه بما إذا كان الحاصلُ مجرَّد خرق والتئام[1] من غير أن يزول لحْمٌ، ويحدث بدله.

ولو جنَىٰ على إنسان جناية أذهبتْ بطش يده في الحال، وأخذت الدية؛ لظنِّ الزوال، وحصول الشللِ، ثم قويتَ اليدُ، وصارت تبطش، أو جنَىٰ على عينه، فصار لا يبصر، وأخذت الدية لظنِّ زوال البصر، ثم إنه أبصر[2]، فالدية مستردة[3]؛ لأن الشَّلَل والعَمَى المحقَّقَيْن لا يزولان، وقد تبيَّن لنا بما جرى أنه لا زوال، وأن ذلك الظنَّ كان خطأً، وكذا القول في السمع وسائر المعاني[4].

وقوله في الكتاب: «فلَيْسَ فيه أرشٌ ولا قصاصٌ إلاَّ إذا بانَ فَسَادُ المَنْبِتِ» يعني: إذا مضت المدة التي يتوقَّع فيها العَوْد، فلم يعد يحكم بوجوب الأرش أو القصاص، وهذا هو الظاهر، ولكن ذكر صاحب الكتاب في القصاص قولين، وإن[5] بان فساد المنبت، فيجوز أن يعلم لذلك الاستثناء هاهنا بالواو، وقوله: «والموضِّحة إذَا التحمَتْ بلحم جديدٍ لا يستردُّ أرشُها؛ لأنه جديد» ذكر اللحم الجديد في التصوير، ثم التعليل بأنه جَديدٌ لا يحسن موقعه، ولو قال: إذا التحمَتْ، لا يستردُّ أرشُها؛ لأنَّه جديدٌ، لكان أحسن، والمعنَى الذي التحَمَ، حدث من الغد إلاَّ أنه الأول بخلاف البطْش والبَصَر.

وقوله: «والسنُّ دائرٌ بينهما» أعادَ ذكْر السنِّ بعد ذكر القولين وفي عَوْدها؛ إشارة إلى أن السنَّ تلحق في أحد القولَيْن بالموضِّحة، إذا التحمت، وفي الثاني بالبَطْش، إذا عاد.

واعلم أن الوجْه المنقُول في التحامِ الجائفَةِ المجرى في الموضِّحة، إن اختصت بما إذا كان الحاصلُ مجرَّد الخرق والالتئام، وكما ذكره الإمام، فلا يجوز أن يعلم له قوله: «لا يستردُّ أرشُها»؛ لأنه صوَّر فيما إذا كان الالتحام بلحم جديدٍ؛ لكن، يجوز أن يُعْلَمَ له قوله في الجراح: «وَلَوْ عَادَتِ الموضِّحةُ ملتئمةً، لم يسقط القصَاصُ».

---

(١) في ز: القيام. (٢) سقط في ز.

(٣) ما قطع به من الاسترداد في البصر تبع فيه الإمام وهو عجيب لكن في الحاوي للماوردي والبحر للروياني حكاية.

(٤) في ز: المعالي. (٥) سقط في ز.

«فَرْعٌ»

لو قلع سنّ صغير، فطلع بعضها، وماتَ الصغيرُ قبل أن يتمَّ نباتها، فعليه من الدية قسْطُ ما لم ينبت، إن قلنا بوجوب الدية فيما إذا مات قبل النبات، والحكومةُ إن قلنا لا تجب هناك الديةُ، حُكِيَ هذا التصويرُ والتفريعُ عن نصِّ الشافعيِّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ[1]؛ وذلك يقوي رواية من روى الخلافَ في المسألة قولين، وقد حكاهما القاضي ابن كَجٍّ عن «الأم»، ولو قلعها قبل تمام الطلوع آخَر، فعن نصه ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أنه ينتظر بها، إن لم تنبت، فعليه الديَةُ، وإن نبتت، لزمته حكومةٌ أكثر من حكومة القَلْعِ في المرة الأولَى.

قال الغَزَالِيُّ: **وَسِنُّ الشَّيْخِ الهَرِمِ إِذَا تَقَلْقَلَتْ فَفِيهَا الأَرْشُ إِذَا كَانَ الظَّاهِرُ ثَبَاتَهَا، وَإِنْ كَانَ الظَّاهِرُ سُقُوطَهَا فَقَوْلاَنِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: القيدُ الرابعُ: كونها ثابتةً غير متقلقلة، فإن كانت متحرِّكة، نظر: إن كانت الحركةُ يسيرةً؛ لا تنقص المنافع، لم يؤثر تحريكها في القصاص، ولا في الأرش، وإن كان بها اضطرابٌ شديدٌ، وتحرُّك قويٌّ بسبب مرض أو هَرَم، فينظر؛ إن بطَلَت منفعتها، ففي قلعها الحكومةُ دون الأرشِ، وإن انتقصتْ منافعهَا، فقد أطلق مطلقون قولَيْن في وجوب الأرش، وقال الإمام: إن كان الظاهرُ الغالبُ على الظن نباتَهَا، وجب الأرش بلا خلاف، وكان نقصانُها كالأمراض الحاصِلَة في الأعضاء، وإن كان الغالِبُ على الظنّ سقوطَها، فهذا موضع القولَيْن:

أحدهما: أن الواجب الحكومةُ دون الأرشِ، لِنُقْصَانِ المنفعة؛ كما في اليد الشَّلاَّء.

وأصحُّهما: وجوبُ الأرش؛ لتعلُّق الجمال، وأصل المنفعة بها في المَضْغ، وحفْظِ الطعام، وردِّ الريق، ولا أثر لضعفها؛ كضعف البطش والمشْيِ، ولو ضرب سن إنسان، فتزلزلت وتحرَّكت، نُظِرَ؛ إن سقطت بعد ذلك، وجب الأرشُ، وإن عادتِ كما كانت، فمنهم من يقول: تجب الحكومةُ، ومنهم من يقولُ: لا يجبُ شيء، ويشبه أن يكون هذا الخلافُ هو الخلافَ المذكورَ فيما إذا اندملَتِ الجراحةُ، ولا نقص ولا شَيْن، وإن بقيت كذلك ناقصةَ المنفعةِ، فالواجب عليه الأرش أو الحكومةُ؟ فيه القولان السابقان، فإن قلعها آخر، فعليه الأرشُ، أن أوجبنا على الأولِ الحكومةَ، والحكومةُ إن

(١) وممن حكاه القاضي أبو الطيب في تعليقه والروياني في البحر فإن قيل كان ينبغي الجزم بعدم الوجوب لأن مناط الإيجاب المنبت وقد تبين أنه لم يفسد ولذلك قلنا لو قطع بعض أسنان الصغير الذي لم ينطق فتكلم بعد ذلك ببعض الحروف وجب في المقطوع بالقسط لا باعتبار أنه كان ناطقاً.

أوجبنا على الأولِ الأرشَ، ثم عن الشيخ أبي حامد؛ أنا إذا أوجبنا الحكومةَ هاهنا، فتكون الحكومة أقلَّ من الحكومة في السن المتحرِّكة بالهَرَم، أو المرض؛ لأن النقصان الحاصل ههنا قد غرمه الجاني الأول؛ بخلاف نقصان المرض والهَرَم، وفي «التتمة»؛ أنه ليس على الجاني الثاني إلا الحكومةُ؛ بخلاف ما إذا كان الاضطرابُ لمرض وكِبَر، والاختلال الحاصلُ بالجناية يخالف الاختلالَ الحاصلَ من غير جناية؛ بدليل أنه لو قتل مريضاً انتهى إلى آخِرِ رمقٍ، يلزمه القصاص، ولو انتهى إلَىٰ تلك الحالة بجناية جانٍ، لا يجب القصاص على الثاني، وإذا جنَىٰ على سنٍّ، فاضطربتْ، وانتقصت منفعتها، وقلنا: إنَّ الواجبَ عليه الحكومة، فعاد وقلعها قبل أن يضمن الحكومة، فعليه الأرش بكماله، ولو قلع سنّاً سوداء كاملةَ المنفعة، نُظِرَ؛ إن كانت سوداءَ قبل أن يثغر، وبعده، فعليه كمالُ الأرش، وإنْ كانَتْ في الأصل بيضاءَ، فلما ثغر، نبتت سوداءَ أو نبتتْ [بيضاء]، [ثم اسوَدَّتْ]، فعن نصِّ الشافعيِّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أنه يراجع أهل الخبرة، فإنْ قالوا: إن ذلك لا يكونُ إلا لعلَّةٍ حادثةٍ، ففي قلعها الحكومةُ، وإن قالوا: لم يحدثْ ذلك لعلَّة، أو قالوا: مثل هذا قد يكون لمرضٍ وعلَّةٍ، وقد يكون لغير ذلك، وجب كمال الأرش، والردُّ إلى الحكومة للمرض، مع كمال المنفعة خلافُ القياس، وإن ضرب على سِنَّة، فاسودَّتْ، فالواجب فيه الأرشُ أو الحكومةُ؟ نقل المزنيُّ اختلافَ نصٍّ فيه، وذكر الأصحاب طريقين:

أحدهما؛ وبه قال المزنيُّ، وابن سلمة، وابن الوكيل: أن فيه قولين:

أحدهما: يجبُ الأرش؛ لأنه أذهبَ روُحَ العضو وطراوته، فصار كما إذا أشلَّ[1] اليد، ويحكَىٰ هذا عن أبي حنيفة، ومالك.

وثانيهما: تجب الحكومة؛ لأن الفائت الجمالُ دون المنفعة، فأشبه ما إذا جنَىٰ على يده، فاسوَدَّتْ.

وأصحُّهما، وبه قال أبو إسحاق، وابن أبي هريرة، وعامَّة الأصحاب: تنزيلُ النصَّيْن على حالين، إن فاتت المنفعةُ مع الاسوداد، وجب تمام الأرش، وإلا فالواجبُ الحكومة، ولو اخضرت السنُّ بجناية[2]، أو اصفرَّتْ، وجبت الحكومة[3]، وحكومةُ الاخضرار أقلُّ، وحكومةُ الاصفرار أقلُّ. واعلم أن قوله في أول الضبط: «غير متقلقلة

(١) في ز: أرسل. (٢) في ز: بجنايته.

(٣) قضيته أنه لا نظر فيها خلاف الاسوداد وبه صرح في الذخائر فقال: وإن جنى عليها فاحمرت واصفرت قال أصحابنا، يجب فيها الحكومة قولاً واحداً لأن منافعها باقية وإنما يقتص جمالها. نعم كلام القاضي الحسين في التعليقة يقتضي طرد الخلاف.

بالهَرَم» إشارةٌ إلى هذا القيد الرابع، لكن الحكم لا يختص بالهرم، بل التقلقل بالمرض في معناه، ولو لم يتعرَّض للهرم، أو قال بالهَرَم ونحوه، لكان أحسن.

قال الغَزَالِيُّ: **وَلَوْ قَلَعَ جَمِيعَ الأَسْنَانِ فَكَانَتِ آثْنَيْنِ وَثَلاَثِينَ لَمْ يَجِبْ إلاّ مَائَةٌ مِنَ الإِبِلِ فِي قَوْلٍ كَيْلا يَزِيدَ عَلَى الدِّيَةِ، وَفِي قَوْلٍ مَائَةٌ وَسِتُّونَ لِكُلِّ سِنٍّ خَمْسٌ، فَإِنْ قُلْنَا بِالمَائَةِ فَذَلِكَ عِنْدَ آتِّحَادِ الجَانِي وَآلْجِنَايَةِ، فَلَوِ آقْتَلَعَهَا مُتَفَرِّقاً مَعَ تَخَلُّلِ آلانْدِمَالِ فَفِي كُلِّ سِنٍّ خَمْسٌ مِنَ الإِبِلِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى التَّعَاقُبِ فَفِيهِ تَرَدُّدٌ، وَالجِنَايَةُ المُتَّحِدَةُ أَنْ يَسْقُطَ الكُلُّ بِضَرْبَةٍ وَاحِدَةٍ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الأَسْنَانُ في غالب الفطْرَة اثنتَانِ وثَلاثُون، أربعٌ منها ثنايا، وهي الواقعةُ في مُقَدَّم الفم اثنتان من الأعلَىٰ، واثنتانِ من الأسْفَل، ويليها أربعٌ من الأعلَىٰ، والأسفلِ يقال لها الرَّبَاعِيَات، ثم أربعٌ ضواحِكُ، وأربعة أنياب، وأربعة نواجز، واثنا عشرة أَضْرَاسٌ، ويقال: لها الطَّوَاحِن، وفي قلع الواحدةِ منها خَمْسٌ من الإِبل؛ على ما سبق، ولو قلع عدداً، وجب ما يقتضيه الحساب ما لم يجاوز عشرين، فإن جاوز عشرين، فقولان:

أحدهما: لا يجب عليه إلا مائةٌ من الإبل؛ لأن الأسنان [من] جنسٍ متعدِّد من الأجزاء والأطراف؛ فلا يضمن بأكثر من دية النفس؛ كالأصابع وسائر الأعضاء.

وأصحُّهما: أنه يجب لكل واحدة خِمسٌ من الإبل؛ حتى إذا كانت اثنتين وثلاثين، فيجب مائة وستُّون من الإبل؛ لما روي أنه ﷺ قال: «فِي كُلِّ سِنٍّ خَمْسٌ مِنَ الإِبِلِ»، وعن أبي حفْصِ بنِ الوكيلِ، وغيره القطْعُ بالقول الثاني، فيجوز أن يُعْلَم لذلك قوله في الكتاب: «لم يجِبْ إلا مائةٌ من الإبل» في قولٍ بالواو، وهذا الخلافُ فيما إذا اتحد الجاني والجنايةُ، فأما إذا تعدَّد الجانِي؛ كما إذا قلع واحدٌ عشرين سنّاً، وقلع آخر ما بَقِيَ، فعلَىٰ كلِّ واحدٍ أرْشُ ما قلعه. ولو اتحد الجاني، وتعدَّدت الجناية، نُظِرَ؛ إن تخلَّل الاندمال بأن قلع سنّاً، وتركه حتى بَرَأَت اللِّثة، وزال الألم، ثم قلع سنّاً أخرى، وهكذا إلى استيعابِ الأسنان، فعليه أرشٌ كاملٌ لكل سنٍّ، وإن لم يتخلَّل الاندمال، ففيه طريقان:

أحدهما: القطع بوجوب أرشٍ لكلِّ سنٍّ؛ لتعدد الأفعال.

وأظهرهما: أنه على قولَيْن؛ لأن الجنايتين قبل الاندمال بمثابة الجناية الواحدَةِ، وصورةُ الجناية الواحدة أن يسقطها جميعاً بضربة واحدة أو يسقيه دواءً يسقطها، وقوله في الكتاب: «ولو قلع جميع الأسْنَانِ، وكانت اثنَتَيْنِ وثلاثين» فيه إشارةٌ إلى أنها قد تزيدُ علَىٰ هذا العدد، وقد تنقص، وإذا زادَتْ، ففي كتاب القاضي ابن كَجٍّ ما يخرَّج منه وجْهَان:

أحدهما: أنه يجب لكلِّ سنٍّ مما زاد أرشٌ أيضاً لظاهر الخبر.

والثاني، عن رواية أبي الحُسَيْن: أن الواجب لما زاد الحكومةُ؛ لأن الغالب في الأَسْنَان هذا العددُ، فالزائد عليه كالأصبع الزائدة.

قال الغَزَالِيُّ: **الثَّامِنُ اللَّحْيَانِ وَفِيهِمَا كَمَالُ الدِّيَةِ، وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِمَا الأَسْنَانُ لَمْ يَنْدَرِجْ دِيَةُ الأَسْنَانِ عَلَى الأَظْهَرِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في اللَّحْيَيْنِ الديةُ؛ لما فيها من كمال المنفعة والجَمَال، وفي أحدهما، إن ثبت الآخر، ونصف الدية، واللَّحْيَان هما العَظْمَان اللَّذان عليهما تنبت الأسنان السفْلَىٰ، وملتقاهما الذَّقَن، وقال أبو سعد المتولِّي: وفي إيجاب الدية في اللَّحْيَين إشكالٌ؛ لأنه لم يرِدْ فيه خبر، والقياسُ لا يقتضيه بل اللَّحْيُ من العظام الداخلةِ، فيشبه التَّرْقُوَة والضِّلَع، وأيضاً: فإنه لا دية في السَّاعد، والعَضُد، والسَّاق، والفَخِذ، وهي أيضاً عظامٌ فيها جمال ومنفعة، ثم إن لم يكن على اللَّحْيَيْن أسنانٌ، فذاك، وهو كَلَحْيَتِي الطفلِ قبل نبات الأسنان، ولُحْيَي الشيخ بَعْد تناثرها، ولَحْيَيَ من سقطت أسنانُه باقةٍ أو جنايةٍ، وإن كانت[1] عليها أسنان[2]، فوجهان:

أحدهما: أنه لا يجب إلا ديةُ اللَّحْيين، ويدخل فيها أروشُ الأسنانِ إتباعاً للأقل الأكثرَ؛ كما تدخل حكومةُ الكَفِّ في دية الأصابع.

وأصحُّهما: أنه يجب دية اللَّحْيين، وأروش الأسنان عليه، والمَبْلَغ إذا كانت الأسنان ستَّ عَشْرة على الغالب ـ مائةٌ وثمانون من الإبل؛ وذلك لأنَّ كلَّ واحد من العضوين مستقلٌّ برأسه، ولكل واحدٍ منهما بدلٌ مقدَّر، فلا يدخل أحدهما في الآخر؛ بخلاف اليد وجميع الأصابع، وأما الأسنان العلْيا، فمنبِتُها عظم الرأس، فلو قلع منها شيئاً من العظم، فعليه الحكومةُ مع الأَرْش.

قال الغَزَالِيُّ: **التَّاسِعُ: اليَدَانِ وَفِيهِمَا مَعَ الكَفِّ كَمَالُ الدِّيَةِ وَتَكْمِلُ الدِّيَةُ بِلَقْطِ الأَصَابِعِ فَفِي كُلِّ أُصْبُعٍ عَشْرٌ، وَلَوْ قَطَعَ مَعَ السَّاعِدِ أَوِ المِرْفَقِ أَوِ العَضُدِ فَيَجِبُ حُكُومَةِ السَّاعِدِ وَالعَضُدِ وَلاَ يَنْدَرِجُ بِخِلاَفِ الكَفِّ، وَفِي كُلِّ أُنْمُلَةٍ ثُلُثُ الْعُشَرِ إِلاَّ فِي الإِبْهَامِ فَهِيَ أُنْمُلَتَانِ وَفِي إِحْدَاهُمَا نِصْفُ الأَرْشِ، فَإِنْ كَانَ عَلَى العَظْمِ كَفَّانِ بَاطِشَانِ فَفِي الزَّائِدَةِ حُكُومَةٌ، فَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا مُنْحَرِفَةً عَنِ السَّاعِدِ أَوْ نَاقِصَةً بِأُصْبُعٍ أَوْ ضَعِيفَةَ البَطْشِ فَهِيَ الزَّائِدَةُ، فَإِنْ كَانَتْ المُنْحَرِفَةُ أَقْوَىٰ بَطْشاً فَهِيَ الأَصْلِيَّةُ وَالَّتِي عَلَيْهَا أُصْبُعٌ زَائِدَةٌ تُجْعَلُ**

(١) في ز: كان. (٢) في ز: الأسنان.

زَائِدَةً فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، فَإِنْ تَسَاوَيَا فَفِي كِلْتَيْهِمَا دِيَةٌ وَحُكُومَةٌ، وَلاَ قِصَاصَ فِي إِحْدَاهُمَا، وَفِيهَا نِصْفُ دِيَةِ اليَدِ وَزِيَادَةُ حُكُومَةٍ لِأَنَّهُ نِصْفٌ فِي صُورَةِ الكُلِّ، وَلَوْ قُطِعَتِ اليَدُ البَاطِشَةُ فَاشْتَدَّتِ اليَدُ الأُخْرَىٰ بِالقَطْعِ وَبَطَشَتْ فَفِي اسْتِزْدَادِ الأَرْشِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يجب بقطع اليدين الديةُ بالإجماع، وعن معاذٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ؛ عن النبيِّ ﷺ: «وَفِي اليَدَيْنِ الدِّيَةُ، وَفِي الرِّجْلَيْنِ الدِّيَةُ وَفِي إِحْدَاهُمَا نِصْفُهَا»[1]؛ روي في كتاب عِمْرِو بن حَزْم ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ: «فِي اليَدَيْنِ مَائَةٌ مِنَ الإِبِلِ، وَفِي اليَدِ خَمْسُونَ»[2] وتكمل الديّة بِلَقْطِ الأصابعِ؛ لما روي: «فِي كُلِّ أُصْبُعٍ مِنْ أَصَابِعِ اليَدِ وَالرِّجْلِ عَشْرٌ مِنَ الإِبِلِ»، ولو قطع من الكُوع، فالواجبُ هو الواجبُ في لَقْطِ الأصَابعِ، وحكومةُ الكف تدخلُ في ديتها، ولا يزاد بسبب الكف شيء[3] ولو قطع[4] بعض الساعد، أو المرفَقِ، أو المنكب، وجب حكومتها مع الديةِ، بخلاف الكَفِّ؛ لأنَّ الكف مع الأصابع كالعضو الواحد؛ ألا تَرَىٰ أن أصل الكف يأخذ في الانشعاب والانقسام الظاهر في الأصابع، وبهما جميعاً يتمُّ البطش، وعليهما يقع اسم اليدِ والساعدِ والعضدِ، وخلقتهما[5] تخالفُ خلقةَ الكفِّ والأصابع، هذا هو المذهبُ، وعن أبي عُبَيْدِ بن حربويه، أن نهاية اليد التي يجبُ فيها الديةُ، الإبطُ والمَنْكِب، ويجب فيما دون ذلك قسْطُه من الدية؛ واحتجَّ الأصحاب لوقوع اسم اليدِ على الأصابع والكفِّ؛ بقوله تعالَىٰ في حد السرقة: ﴿فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] فقطع رسول الله ﷺ السارق من الكوع[6]، ويجوز أن يُعْلَم للوجه المذكور من لفظ الكتاب قوله: «وَتَكْمُلُ الدِّيَةُ بِلَقْطِ

(١) قال الحافظ في التلخيص: لم أجده من حديث معاذ، وهو في حديث عمرو بن حزم، وعمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

(٢) قال الأذرعي: وتنبه هنا لصورة ذكرها الشافعي رضي الله عنه في باب صول الفحل وهو أنه لو أتى الدفع على قطع يمين الصائل فولى فتبعه فقطع يساره لزمه قودها فلو عاد الصائل بعد قطع يديه فدفعه المصول عليه عن نفسه ثانياً فأتى ذلك الدفع على قطع إحدى رجليه ثم مات لزمه ثلث الدية ليده اليسرى وإن أتى الدفع على قطع يديه ثم قطع إحدى رجليه بعد أن ولى لزمه نصف الدية. هذا لفظ المتعمد وذكرها الأصحاب بمعناه ووجهه ظاهر فهذه صورة قطعت فيها اليد عمداً عدواناً ولا يلزم القاطع وهو المصول عليه في مسألتنا إلا ثلاث الدية فقس بذلك ما يضاهيه وهو واضح وقد يغفل عنه.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

(٦) أخرجه الدارقطني من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ: أمر بقطع السارق من المفصل، ورواه البيهقي بمثله من حديث جابر وغيره، ومن حديث عبد الله بن عمر، وفي إسناده عبد الرحمن بن سلمة مجهول.

الأصابع». وقوله: «فَيَجِبُ حكومةُ الساعِدِ والعَضُدِ»، «وأَرْش كُلِّ أصبع» وحْدَها عَشْرٌ من الإبل يستوي في ذلك جميعُ الأصابع، روي في كتابِ عَمْرو بن حَزْم - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: «وَفِي كُلِّ أُصْبُعٍ مِمَّا هُنَالِكَ عَشْرٌ مِنَ الإِبِلِ»، وفي كل أنملَة ثلثُ أرش الأصبع، لأن كل أصبعَ ثلاثُ أناملَ، إلا الإبهام، فهي أنملتان، ففي كلِّ واحدة نصف الأرش، وعن أبي حنيفة ومالك؛ أن في كل واحدة ثلثَ الأرش، وهي ثلاثُ أنامل أيضاً، إلا أن إحداهما غائصةٌ، ولو انقسم أصبع بأربع أنامل متساوية، ففي كل واحدة ربع الأرش.

والذي ذكرناه من اندراج حكومةِ الكَفِّ، موضعُهُ ما إذا قطع مِنَ الكُوع وأَبَانَ الأصابعَ والكَفَّ بجناية واحدة[1]، فأما إذا قطع واحدَ الأصابعَ، وآخرُ الكفَّ أو وقطع الأصابعَ، ثم قطع الكف بَعْد الاندمال، أو قبله، فعلَىٰ ما ذكرنا في فصل الأسنان.

وقوله في الكتاب: «وَفِي كُلِّ أنملةٍ ثُلُثُ العَشْرِ» الأحسنُ أن يقرأ ثلث العَشْرِ بفتح العين؛ لأنه تقدم قوله: «عَشْرٌ مِنَ الإِبِلِ»، ويمكن أن تضم العينُ، ويراد عُشْر الدية.

إذا كان على مِعْصَم إنسانٍ كَفَّان مع الأصابع، أو على العَضُد ذراعانِ وكفان، أو على المنكب عضُدَانِ وذراعانِ وكفان مع الأصابع، نُظِرَ؛ إن لم يبطشْ بواحدةٍ منهما، فليس فيهما قصاصٌ ولا ديةٌ، وإنما الواجبُ فيهما الحكومةُ؛ كاليدِ الشَّلاَّء، وإن كان فيهما بطْشٌ، فإن كانت إحداهما أَصْلية، والأُخْرَىٰ زائدة، ففي الأصلية القصاصُ أو الديةُ، وفي الزائدة الحكومةُ، وطريقُ تمييز الزائدة عن الأصلية بأن[2] ينظر، إن اختصَّت إحداهما بالبَطْش أو بقوَّة البطش، فهي الأصلية، ولا فرق بين أن تكُونَ الباطشة، أو التي هي أقوَىٰ بطشاً على استواء الذراع أو منحرفةً عنه؛ لأن اليد خلقتْ للبطش، وهي أقوى دليلٍ على كونها أصليةً، وإن استويا في أصل البطش، وكيفيَّته، فإن كانت إحداهما مستويةً، والأخرى منحرفةً فالمستويةُ الأصليَّة، وإن كانت إحداهما كاملةُ الأصابع، والأخرَىٰ زائدة، ففيه وجْهَان عن القاضي الحُسَيْن؛ أنَّ المعتدلة هي الأصليَّة؛ لأن الزيادة على الكمال نقصانٌ، وقال الأكثرون: لا يؤثِّر ذلك في التمييز[3]، فإن اليد

---

(١) وصورته أن يضع آلة لها طرفان قاطعان أحدهما على آخر الأصابع والآخر على الكوع.

(٢) سقط في ز.

(٣) وما نقله عن القاضي صرح به في تعليقه لكنه لم يخصه بحالة استوائهما وعبارته: وإذا كانت على إحداهما ستة أصابع وعلى الأخرى خمسة فالأصلية التي عليها خمسة والزائدة التي عليها ستة إذا استويا في البطش أو كان بطشه بالذي عليها خمسة أقوى، فإن كان يبطش بالتي عليها ستة أو بهما غير أن بطشه بها أقوى فهي الأصلية والتي عليها خمسة زائدة. هذا كلامه واستفدنا منه أن الناقصة بأصبع إذا كانت أقوى بطشاً أصلية وهو ظاهر كالمتحرفة إذا كانت أقوى بطشاً.

الأصليَّة كثيراً ما تشتملُ على الأصبع الزائدة، والزيادة على القوة أدلُّ منها على الضعفِ، ولو كانت إحداهما ناقصةً بأصبع، لكنها مستوية، والأخرى كاملةُ الأصابعِ، لكنها منحرفة، فأيتهما الأصليَّة، فيه احتمالٌ عند الإمام، وإن لم تتميَّز[١] الزائدةُ عن الأصلية بوجْهٍ من الوجوه، فهما كَيَدٍ واحدةٍ؛ حتى يجب في قطعهما القصاص أو كمال الدية، ويجب مع القصاص أو الديةِ حكومةٌ لزيادة الصورة، وعن المزنيِّ؛ أنه لا قصاص بقطعهما؛ لنقصانهما وتشوُّه خلقهما، ولو قطعت إحداهما، لم يجبِ القصاصُ، ويجب فيها نصفُ دِيَةِ يد وزيادةُ حكومة؛ لأنها نصف في صورة الكلِّ، قال في «الوسيط»: هذا ما قيل، وجعلُها نصفاً مع احتمال كونها زائدةً مشكلٌ، وهذا يشير إلى أن يقال إحداهما أصلية، والأخرَىٰ زائدة، ويؤخذ في الأحكام باليقين، وفي كتاب القاضي ابن كج عن أبي الحُسَيْن روايةُ وجه؛ أنه لا يجب الحكومةُ مع نصف الدية، فيجوز أن يُعْلَمَ لذلك قولُه في الكتاب «وَزِيَادَةُ حُكُومَةٍ» بالواو، والظاهر الأول، وإذا قيل به، فلو قطع أصبع منها، ففيه نصفُ ديةِ أصبعٍ وزيادةُ حكومة، ولو قطعتْ أنملة، فنصفُ ديةِ أنملةٍ، وزيادةُ حكومةٍ، ولو عاد الجَانِي بَعْد قطع إحدى اليَدَيْن، وأخذ الأرش، والحكومة منه، وأراد المجنيُّ عليه القصاصَ، ورد ما أخذه إلى قَدْر الحكومة، هل له ذلك؟ فيه وجهان منقولاَنِ في «النهاية»:

أحدهما: لا؛ لأن القصاص يتعلَّق بقطع اليدين جميعاً، وقد سبق منه أخذ الأرش عن إحداهما، وأخذُ الأرش يتضَّمن إسقاطَ القصاص، ولا عود إلى القصاص بعد إسقاطه.

والثاني: نعم؛ لأن القصاصَ لم يكن ممكناً حينئذ، وإنما أخذ الأرش؛ لتعذُّر استيفاء القصاص، لا لإسقاطه[٢]، فإذا قطع الثانية، حصل الإمكان، ولو قطع صاحب اليدين الباطشتَيْن يدَ معتدلٍ، لم تقطع يده للزيادة، وللمجنيِّ عليه أن يقطع إحداهما، ويأخذ نصف دية اليد ناقصاً بشيء، وإن بادر وقطَعَهُمَا، عُزِّر، وأخذت منه الحكومة للزيادة، وإن كانت إحدَى يدَيِ القاطع زائدةً، وأمكن إفراد الأصلية بالقَطْع، قطعت، ولم يلزمه شيء آخر، وإنْ عرف أن إحداهما زائدة، ولم يعرف عَيْنُها[٣]، لم تقطع واحدةٌ منهما كذلك، حكاه القاضي الرُّويانيُّ، ولو كانت إحدَىٰ يدَيِ الشخْص باطشةً دون الأخرى، فقطعت الباطشةُ، واستوفينا ديتها، فصارت الأخرَىٰ باطشةً أو كانتْ

---

(١) سقط في ز.

(٢) لم يرجحا شيئاً وذكر الإمام ما يؤخذ منه الترجيح فإنه قال حكاهما صاحب التقريب وقد سبق نظرهما في القصاص في الأنملة الوسطى والعليا ويؤخذ منه التشطير. قاله في الخادم.

(٣) في ز: عنها.

ناقصةَ البطش، فقوي بطشها؛ فقد تبيَّن أن الباقية هي الأصليةُ، حتى لو قطَعَها قاطعٌ، يلزمه القصاص، أو كمال الدية، وهل يستردُ من المجنيِّ عليه الأرشَ، فيرد إلى مقدار الحكومة؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، وإلا فقد قدرنا الأولَىٰ أصليةً، والثانية أصلية، ولا تجتمع أصليتَان على مِعْصَمٍ واحد.

وأظهرهما: أنه لا يتبع ما مضَىٰ، وهذه نعمةٌ من الله تعالَىٰ، وقرب بعضهم الخلافَ من الخلاف في عَوْد السنِّ، وفرق بينهما فَارِقُون، وقالوا: السنُّ تعودُ في محلِّ الجناية، والبطش ههنا حصل في غير محلِّ الجناية، ولو كانت اليدان باطشتَيْنِ على السواء، فقطعت إحداهما، وغرمنا القاطع نصفَ ديةِ اليدِ، وزيادةَ حكومةٍ، فإن زادتْ قوة الأولَىٰ، واشتد بطشها، فهل يستردُ من أرش الأولَىٰ ما يرده إلَىٰ قدر الحكومة؟ فيه مثل هذا الخلافِ، وإن ضعُفَت الثانية، لما قطعت الأولَىٰ، وبطَلَ بطْشُها، عرفنا أن الأصلية هي المقطوعَة، فعَلَى قاطعها القصاصُ أو كمالُ الدية؟ قال القاضي ابن كَجٍّ: ويحتمل أن يقال: لا يجبُ القصاص؛ لأن الضعْفَ الذي حدَثَ يحتملُ أن يكون لسراية أَلَمٍ أو علةٍ حادثةٍ، لا لكونها زائدة.

قال الغَزَالِيُّ: **العَاشِرُ التَّرْقُوَةُ وَالضِّلَعُ فَفِي كَسْرِ كُلِّ ضِلَعٍ جَمَلٌ تَقْلِيداً لِعُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَحُكُومَةٌ عَلَىٰ قَوْلٍ آخَرِ قِيَاساً.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لا تكمل الديةَ في كَسْر الضِّلْع والتَّرْقُوَةُ، إذْ لم يردْ فيهما توقيفٌ، ولا هما في معنَى ما وردَ التوقيفُ فيه، بل هما شبيهانِ بسائر العظَام الباطنةِ؛ كعظم الساق والفَخِذ، والترقوة: العظْمُ المتَّصلُ بين المنكب وثُغْرة النَّحْر، ولكلِّ واحدٍ ترقوتان، وما الذي يجبُ في كسرهما؛ عن نصِّ الشافعيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - في «اختلاف الحديث» وغيره؛ أن فيه جَمَلاً وفي «الأم» وغيره؛ أن فيه حكومةً، وفيهما طريقانِ للأصحابِ:

أحدهما، وبه قال المُزَنِيُّ، وصاحبُ «الإفصاح»: أنَّ فيه قولَيْن:

القديم، وبه قال أحمد: أنه يجب فيهما[1] جَمَلٌ؛ لما رُوِيَ عن عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -؛ أَنَّهُ قَضَىٰ بِذَلِكَ[2].

---

(١) في ز: فيه.

(٢) أخرجه رواه مالك في الموطإ عن زيد بن أسلم عن مسلم بن جندب عن أسلم مولى عمر: أن عمر قضى في الضرس بجمل، وفي الترقوة بجمل وفي الضلع بجمل، ورواه الشافعي عن مالك وقال: وبه أقول، لأني لا أعلم له مخالفاً من الصحابة. قاله الحافظ في التلخيص.

والجديدُ: أن واجبه الحكومةُ؛ كما في سائر العظام، فإن انجبر ولا شين، ولا اعوجاج، فقد مَرَّ حكمه.

والثاني، وبه قال أكثرهم: القَطْع بأنَّ الواجب فيه الحكومة، وحملوا ما رُوِيَ عن قضاء عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - علىٰ أن الحكومة في الواقعة كانَتْ قدر جَمَلٍ.

ويجوز أن يعلم لفظ «الجَمَل» في الكتاب بالحاء والميم، ولفظ «الحُكُومة» بالألف، وقد يوهِمُ نظم الكتاب ترجيحَ قول الجمل، والظاهر عند عامة الأصحاب القَوْل الآخر.

قال الغَزَالِيُّ: **الحَادِي عَشَرَ الحَلَمَتَانِ مِنَ المَرْأَةِ فِيهِمَا دِيَةٌ كَامِلَةٌ، وَفِي حَلَمَتَي الرَّجُلِ قَوْلاَنِ إِذْ لاَ مَنْفَعَةَ لَهُمَا.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في حلمتَي المرأة تمامُ ديتها؛ لما فيهما من الجَمَالِ، ومَنْفَعَة الإِرضاع، وفي إِحْدَاهُما نصْفُهَا، والحَلَمة هي رأس الثدْي الذي يلتقمُهُ المرتَضِعُ، ويقال: المجتمعُ ناتئاً على رأس الثدْي، وهذه العبارةُ أحسنُ؛ لتناولها حَلَمَةَ الرجل، قال الإمام: ولونُ الحَلَمة في الغالب يخالِفُ لون الثدْي، وحواليْهَا دائرةٌ على لَوْنها، وهي من الثَّدْيِ، لا من الحلمة، ولو قطع الثَّدْي[1] مع الحلمة، لم يجب إلا الدية، ويدخلُ فيها حكومةُ الثدْيِ، وفيه وجهٌ قدَّمناه، وعن الماسرجسيِّ نقله قولاً[2]، ولو قطع مع الثدْي جلدةَ الصدر، وجبت حكومة الجِلْدة، مع الدية، بلا خلاف، وإن وصلت الجراحةُ إلى الباطن، وجب مع دية الثدْيِ أرشُ الجائفة، وفي حلمتَي الرَّجُلِ طريقان:

أظهرهما: أن فيهما قولَيْنِ:

أحدهما: أنه يجبُ الدية؛ كما في المرأة؛ إلحاقاً باليد والرِّجْل، وغيرهما.

وأصحُّهما: أنه لا يجب إلا الحكُومة؛ لأنه ليس في حَلَمة الرَّجُل منفعةٌ مقصودةٌ، وإنما فيها جمالٌ مجرَّد، ويقال: هذا منصوصٌ، والأول مخرَّج.

والثاني: القطْعُ بالقول الثاني.

ولو قَطَع مع حلمة[3] الرَّجُل الثُّنْدُوَةَ، ففي «التهذيب»؛ أنا إنْ أوجبنا الديَةَ في حَلَمَتِهِ[4]، دخلَتْ فيها حكومةُ الثندوة، وإلا وجبتْ حكومتهما معاً، وقال الإمام: تحْتَ

---

(١) سقط في ز.

(٢) صورة المسألة كما قاله في الخادم أن يتحد القاطع، فلو قطع واحد حلمتها من آخر، وقطع يديها لزم الثاني الحكومة. صرح به القاضي حسين.

(٣) في أ: حلمتي.

(٤) في ز: حلمتها.

حلمة الرجل، إن لم يكُنْ هَزِيلاً، لحمةٌ تسمَّى الثُّنْدُوَة، وليست هي من الحَلَمَةِ بمنزلة ثَدْيِ المرأة من حلمتها، فإنهما من المرأة كالعضوِ الواحدِ، وليست تلك اللحمةُ مع الحلمة كذلك، فتفرد الثندوة بالحكومةِ؛ بلا خلاف، وفي «جمع الجوامع» للرُّويانيِّ نحوٌ من هذا الكلام، يقال ذكره الصيدلانيُّ من عنده، وهو صحيح، إن شاء الله تعالَىٰ.

«فَرْعَان»

أحدهما: تقطع حلمةُ المرأة بحلمة المرأة، وفي «التتمة» وجه؛ أنه إن لم يتدلَّ الثديُ، لا يجب القصاص؛ لاتصالها بلحم الصدر، وتعذُّر التمييز، والمشهورُ الأول، قال في «التهذيب»: ولا يجري القِصَاص في الثدي، لأنه لا يمكن رعايةُ المماثلة فيه، وللمجنيِّ عليها أن تقْطَع الحلمة، وتأخذ حكومة الثدي، ولك أن تمنع القولَ بأنه لا يمكنُ رعايةُ المماثلة فيه، وتقول: الثدْيُ هذا الشاخصُ، وهو أقرب إلى الضبْطِ من الشفتَيْنِ والأَلْيَتَيْنِ ونحوهما:

وتقطع حلمة الرجل بحلمة الرجل إن أوجبنا فيهما الدية أو الحكومة، وتقطع حلَمَة المرأةِ بحلَمَة الرجُلِ، وبالعكس إن أوجبنا في حلمة الرجلِ الديةَ، وإن أوجبنا فيها الحكومةَ لم تقطع حَلَمَة المرأة بحَلَمة الرجُلِ، وإن رضيتْ؛ كما لا تقطع الصحيحة بالشَّلاَّء، وتقطع حلَمَةُ الرجل بحلمةِ المرأة، إن رضيتْ؛ كما تقطع الشَّلاَّء بالصحيحة، إذا قنع المستحِقُّ بها.

الثاني: سبق في الطهارات ذكر وجهَيْن في أنه هَلْ يستدلُّ بنهود الثدْي، وتدليه[1] على أنوثة الخنثَىٰ:

أحدهما، ويحكَىٰ عن أبي علي الطَّبَرِيِّ: نعم، وبه قال الأكثرون: لا، فإن قطعهما قاطع، قال في «البيان»: إن قلنا بقول أبي عَلِيٍّ، فعليه ديةُ امرأة، وإن قلنا بقول الأكثرين، فإن قلنا: يجب في ثَدْيِ الرجلِ الديةُ، فتجب ديةُ امرأة؛ أخذاً باليقين، وإن قلنا: تجب الحكومةُ، فالواجب عليه الحكومةُ.

فرع ثالث: لو ضرب ثدي المرأة، فشَلَّت، فعليه الدية، ولو كان ناهداً، فاسترسل ثديها، لم يجب إلا الحكومة؛ لأن الفائت مجرَّد الجمال، ولو استرسل بالضَّرْب ثدْيُ الخنثى، ولم يجعل نهود[2] الثدي أمارة الأنوثة، ففي «البيان» أن القاضي أبا الفتوح قَالَ: لا تجبُ الحكومةُ؛ لجواز أن يكون رجلاً، فلا يلحقه نقص بالاسترسال، ولا يفوتُ جمال؛ فإن بان امرأةً، وجبت الحكومة.

---

(١) في ز: وتدليها.

(٢) سقط في ز.

وقوله في الكتاب: «كمال الدية» يعني ديةَ المرأةِ، فليعلم لفظ القولَيْن بالواو؛ لطريقة القطعَ [والله أعلم].

قال الغزَالِيُّ: **الثَّانِيَ عَشَرَ الذَّكَرُ وَالأُنْثَيَانَ وَفِيهِمَا دِيَتَانِ، وَفِي ذَكَرِ الخَصِيِّ وَالْعِنِّينِ دِيَةٌ، وَفِي ذَكَرِ الأَشَلِّ حُكُومَةٌ، وَتَكْمَلُ بِقَطْعِ الحَشَفَةِ وَلاَ يَزِيدُ بِالاسْتِئْصَالِ، وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ يَزِيدُ حُكُومَةً.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في الذكَرِ كمالُ الدية، وكذلك في الأُنْثَيَيْنِ؛ لما رُوِيَ أنه ﷺ قَالَ في كتاب عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: «وَفِي الذَّكَرِ الدِّيَةُ، وَفِي الأُنْثَيَيْنِ الدِّيَةُ»، ويروى «وفي البَيْضَتَيْنِ»، وفي إحدى الأُنْثَيَيْنِ نصفُ الديةُ يستوي اليمنى[1] واليسرى، ولا فرق بين ذكَر الصغيرِ والكبيرِ، والشيخ والشابِّ، والعِنِّينِ والخَصِيِّ، وغيرهم، وعن أبي حنيفةَ؛ أن ذكر الخصيِّ لا يجب فيه إلا الحكومةُ، وبنى على ذلك؛ أنه لو قطع قاطعٌ أنثيَيْهِ، ثم ذكَرَهُ، فعليه ديةٌ وحكومةٌ؛ لأنه حين قطع الذَّكَرِ خُصِيَ، وإن قطعهما معاً أو قطع الذكر قبل الانثيَيْنِ، فعليه ديتان، وروى القاضي الرويانيُّ مثله عن مالك؛ واحتجَّ الأصحاب بإطلاق الخبر، وبأن ذكَر الخَصِيِّ سليم، وهو قادرٌ على الإِيلاج، وإنما الفائتُ الإِيلاد، وبأنهما عضوانِ يضْمَن كل واحد منهما بالدية، ففوات أحدهما لا يوجبُ نقصان بَدَلِ الآخرِ؛ كالشفتَيْنِ واللِّسان، وفي الذكر الأشلِّ حكومةٌ؛ كما في اليد الشَّلاَّء، ولو ضرب ذَكَرَهُ حتى شلَّ، فعليه الدية، ولو خرج عن أن يمكنه الجماعُ به من غير شَلَلٍ، وتعذَّر انقباضٌ وانبساطٌ، ففي «الشامل»، و«التهذيب» وغيرهما؛ أن عليه الحكومة؛ لأن العضوَ ومنفعته باقيان، والخلل في غيرهما، وعلى هذا، فلو قطعه قاطعٌ بعد ذلك، فعليه القصاص، أو كمالُ الدية، والمسألةُ غير صافيةٍ عن الإِشكال، وربما نَعُود إليها، وتكمل الديةُ بقَطْع الحَشَفة؛ لأن معظم منافع الذَّكَر، وهو لذَّةَ المباشرة، يتعلَّق بها، وأحكام الوطء تدور عليها، فهي كالأصابع مع الكفِّ، وفي قطع بعض الحَشَفَةِ قسْطُهُ من الدية، فالتقسيط يكون على الحشفة خاصَّة، أو على جملة الذكَرِ؟ فيه خلاف، وقد تقدم، وذكر في «التتمة»؛ أن هذا إذا لم يختلَّ مجرى البَوْل؛ بأن قطع بعض الذكر طولاً، أما إذا اختلَّ، فعليه أكثر الأمرين من قسْطه من الدية، وحكومة فساد المجرَىٰ، وأنه لو قطع جزءاً من الذكَرِ مما تحت الحَشَفة، فإن انتهتِ الجراحة إِلَىٰ مجرى البَوْل، فقد مرَّ الخلاف في أنَّها هل تكون جائفةً، وإن لم تنته، فإن قلنا في قطع بعض الحشفة: إنَّ التقسيط على الحشَفة وحْدَها، فعليه الحكومةُ ههنا، وإن قلنا: التقسيطُ على جميع الذَّكَر، فعليه قِسْطُ المقطوع من الدية، وأنه إذا لم يَبِنْ شيئاً من

---

(١) في ز: اليمين.

الذكَرِ، ولكن شقَّه طولاً، زالتْ منفعتُهُ بذلك، وجبتِ الدية، كما في الشَّلَل، ويجب في بقية الذَّكَر وحْدها الحكومةُ، وفي استئصالِ الكلِّ الديةُ، وتدخلُ حكومةُ البقيَّة في دية الحَشَفة، وفيه وجه أنه يجبُ ديةٌ وحكومةٌ، والمسألة مكرَّرة مذكورةٌ مرَّة في فصل الأسنان.

قال الغَزَالِيُّ: **الثَّالِثَ عَشَرَ: الأَلْيَتَانِ وَفِي قَطْعِ مَا أَشْرَفَ مِنْهُمَا عَلَى البَدَنِ كَمَالُ الدِّيَةِ وَإِنْ لَمْ يُقْرِعَ العَظْمُ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في الألْيَتَيْنِ الديةُ؛ لما فيهما من الجمال، والمنفعة الظَّاهرة في القُعُود والركوب وغيرهما، وفي إحداهما نصفُها، والألْيَةُ هي القَدْر الناتىء المُشْرِف على استواء الظهر والفخذ، فيجب بقطعه الديةُ، ولا يشترط قرع العظم وإيصال الحديدة إليه، ولو قطع بعض إحداهما، وجب قسْط المقطوع، إن عرف قدره، وأمكن الضبط، وإلاَّ فالواجب الحكومة، ولا فرق في ذلك بين الرجُل والمرأة، ولا نظر إلى اختلافِ القَدْر الناتىء، واختلاف الناس فيه كاختلافهم في سائر الأعضاء.

ولو قطع أَلْيَتَهُ، فنبتتْ والتحم الموْضِع، قال في «التهذيب»: لا تسقط الدية على ظاهر المذهب، كالموضِّحة، إذا التحمت.

قال الغَزَالِيُّ: **الرَّابِعَ عَشَرَ: الشُّفْرَانِ وَفِيمَا أَشْرَفَ مِنْهُمَا عَلَى المَنْفَذِ دِيَةُ المَرْأَةِ وَهُوَ القَدْرُ النَّاتِىءُ عِنْدَ الانْطِبَاقِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في شُفْرَيِ المرأةِ الديةُ؛ لأن فيهما جمالاً ومنفعةً؛ فإن بهما يقع الالتذاذُ بالجِمَاعِ، وفي إحداهما نصفُ الدية، ويستوي في ذلك السمينة والهزيلةُ، والبكر والثيبُ، والرتقاء والقَرْناء، فإن النقصان والخَلَل في حقِّهما في داخل الفَرْج، لا في الشُّفْرَين، وكذلك لا فرق بين المختونة وغيرها، فإن الختانَ لا يَرِدُ على الشُّفْرين، والشُّفران: هما اللحمان المشرفانِ على المنفذ، ويقال: هما اللحمانِ المحيطَانِ بالفَرْجِ إحاطةَ الشفتين بالفَم، وعبَّر الشافعيُّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ عن الشُّفْرين بِالأَسْكَتَيْنِ، قال أبو النصر بْنُ الصَّبَّاغ وَغيره: أهلُ اللغة يقولون الإِسْكَتَانِ حاشيتا الفرج، والشُّفْرَانِ[1] هما الطرفانِ المشرفان، ويقال: الشُّفران هما القدر الناتىء عند الانطباق من اللحمين المحيطَيْن بالفَرْج، والعباراتُ كلُّها ترجع إلى شيء واحد، ولا خلاف في الحقيقة، قال الإمام: ولو ظن ظانٌّ أنَّ قطع الشُّفْرين هو الذي يزيلُ انطباق أحدهما على الآخر، فهذا لا يتأتى تصويره[2] إلاَّ مع قطع لحمٍ كثيرٍ في الباطن، ولا ريب أن العلماء لم يريدُوا

---

(١) في ز: الشفران حاشيتا الاسكنين والحاشيتان.

(٢) في أ: تصوره.

بالشُّفرين ذلك، ولو جنَىٰ على شُفْرَيْها، فَشَلَّتَا؛ فعليه كمالُ الدية، ولو قطع مع الشُّفْرَيْنِ الرَّكَبَ، وهو عانَةُ المرأة، فعليه حكومةٌ مع الدِّية، وكذا لو قطع شيئاً مِنْ عانة الرجل مع الذَّكَر، ولو قطع شُفْرَي [المرأة][1] البكرِ، وأزال بالجنايةِ جلدةَ البكارة، فعليه مع دية الشُّفرين أرْشُ البَكَارة، ولو قُطِعَ شُفْرَا المرأة، ثم جرح جارحٌ موضعُهما بقَطْع لحم وغيره، لم يلزمه إلا الحكومة.

قال الغَزَالِيُّ: **الخَامِسَ عَشَرَ: الرِّجْلاَنِ وَهُمَا كَاليَدَيْنِ، وَرِجْلُ الأَعْرَجِ كَرِجْلِ الصَّحِيحِ، وَرِجْلُ مَنِ امْتَنَعَ مَشْيُهُ بِكَسْرِ الفِقَارِ كَالصَّحِيحِ عَلَى الأَظْهَرِ، وَفِي الْتِقَاطِ أَصَابِعِ الرِّجْلَيْنِ كَمَالَ الدِّيَةِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في الرِّجْلَيْنِ الديةُ، وفي إحداهما نصفُها؛ لما سبق من الخبر، ومنفعتهما ظاهرةٌ، ورِجْل الأعرج كرِجْل الصحيح، كما أن يد الأَغْسَرِ[2] كيد الصحيح؛ وذلك لأنه لا خلل في العضو، وقد بيَّنَّا ذلك في الجراح، وفي الرِّجْل التي تعطَّل مشيها بكسر الفَقَارِ وجهان:

أحدهما: أن الواجبَ فيها الحكومةُ؛ كما في اليد الشَّلاَّء؛ لأن تعطُّل المنفعة كزوالها في تعذُّر الانتفاع.

وأظهرهما: وجوبُ الدية؛ لأن الرِّجْل صحيحةٌ، لا آفَةَ بها، وخلَلُ غيرها لا يوجِبُ نقصان بدلها، وتكمل دية الرجلَيْن بالتقاط أصابعهما، والقَدَمُ كالكفِّ، والساقُ كالساعدِ، والفَخِذُ كالعضدِ، وأناملُ أصابع الرجلِ كأناملِ أصابعِ اليدِ، وقدمانِ على ساقٍ وساقانِ على ركبة؛ كَكَفَّيْنِ على مِعْصَم، وساعدَيْن على عَضُد، وقد بينا الحكْمَ في جميع هذه الصُّور، وكذلك يقاس بما تقدَّم حكم الرِّجْل الشَّلاء، وحصول الشلل بالجناية عليها، قال الإمام: وبين أصابع اليدين وأصابع الرِّجْلين تفاوتٌ عظيم[3]، ومنفعةُ الرِّجل العظمى وهي[4] المشي تبقى ما بقي القدمان، وإنما تفوتُ بفوات الأصابعِ سرعةُ المشي، وإن مَنِعَ[5] ذلك من الاحتباء والقَبْض والبسط وتعاطي الأعمال، والآلاتِ المتعلِّقة بأصابع اليدين، لكن حَسَم الشرْعُ النظَر إلى أقدار المنافعِ، وأجرى أجْنَاس الأعضاء مُجْرًى واحداً في تكميل دياتها.

قال الغَزَالِيُّ: **السَّادِسَ عَشَرَ: الجِلْدُ وَفِي سَلْخِ جَمِيعِهِ دِيَةٌ وَاحِدَةٌ.**

---

(١) سقط في أ.
(٢) في ز: الأغشم.
(٣) في ز: عظم.
(٤) في أ: وهو.
(٥) في ز: يقع.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الجلْدُ كالجنس الواحدِ من الأعضاء؛ من حيث إنه معدٌّ لغرض واحدٍ، فيجب في سَلْخه الدية، قال الأئمة ـ رحمهم الله ـ: وسَلْخُ جميعِهِ قاتلٌ، لكن[١] قد يفرض حياةٌ مستقرةٌ بعده، فيظهر إيجاب الدية فيه، لو حَزَّ غيرُهُ رقبته[٢]، وحكى الإمام عن الشيخ أبي عليٍّ؛ أنه لو قطعت يداه[٣] بعد سَلْخ الجلْد، توزَّع مساحةُ الجلد على جميع البدن، فما يخص اليدين يحطُّ من دية اليدين، ويجبُ الباقي، وعلَىٰ هذا القياسِ، لو قطع يد إنسان، ثم جاء آخر، وسلخ جلده، فيجب علَىٰ من سلخ دية الجلد محطوطاً عنها قسْطُ اليدين من الجلد، والله أعلم.

قال الغَزَالِيُّ: **النَّوْعُ الثَّالِثُ مِنَ الْجِنَايَاتِ مَا يُفَوِّتُ المَنَافِعَ وَهِيَ عَشَرَةٌ: الأُوْلَىٰ العَقْلُ فَإذَا أَزَالَهُ بِالضَّرْبِ فَدِيَةٌ كَامِلَةٌ، وَلَوْ زَالَ بِقَطْعِ يَدَيْهِ فَالنَّصُّ أَنَّهُ دِيَةٌ وَاحِدَةٌ لِأَنَّ العَقْلَ لَيسَ لَهُ مَحَلٌّ مَخْصُوصٌ فَيَنْدَرِجُ تَحت كُلِّ عُضوٍ تَكْمُلُ فِيهِ الدِّيَة، فَلَوْ قَطَعَ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ فَزَالَ عَقْلُهُ فَدِيَتَانِ، وَقِيلَ: لاَ يَنْدَرِجُ العَقْلُ لِأَنَّهُ لَيسَ فِي اليَدِ وَهُوَ القِيَاسُ، وَإِذَا شَكَكْنَا فِي زَوَالِ العَقْلِ رَاقَبْنَاهُ فِي الخَلَوَاتِ ثُمَّ لَمْ نُحَلِّفْهُ لِأَنَّهُ يَتَجَانَنُ فِي الجَوَابِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هذا النوع الثالث في الجنايات المفوِّتة للمنافع:

فمنها: العَقْلُ، ويجب بإزالته الديةُ، روي في كتاب عَمْرو بْنِ حَزْمٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ: «وَفِي العَقْلِ الدِّيَةُ»[٤] ويذكر أنه مذهب عُمَر وزيد بْنِ ثَابِتٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ـ ولم يخالَفَا فيه، وأيضاً: فالعقل أشرفُ المعانِي، وبه يتميز الإنسانُ عن البهيمة، ولا ينتفع بشيء انتفاعَهُ بالعقل، ولا يجب فيه القصاص؛ لعدم الإمكان، ولو انتقص عقله، ولم تستقم أحواله، نُظِرَ، إن أمكن الضبطُ، وجب قسط الزائل، والضبط قد يتأتى بالزمان بأن كان يُجَنُّ يوماً، ويفيق يوماً، فيجب نصف الدية، أو يوماً ويومين، فيجب الثلث، وقد يحصُلُ بغير الزمان، وذلك بأن يقابل صواب قوله، ومنظوم فعله بالخَطَأ المصروح منهما، وتعرفُ النسبة بَيْنَهما، فيجب قسْطُ الزائل، وإن لم يمكنِ الضبطُ بأن كان يفزع أحياناً مما لا يفزع منه، أو يستوحش إذا خَلاَ، فيجب فيه حكومةٌ يقدِّرها الحاكم باجتهاده، وذكر صاحب «التتمة» أن الديةَ إنَّما تجب عند تحقُّق الزوالِ بأن قَالَ

---

(١) في أ: لكنه.

(٢) قيل يتصور أيضاً في السالخ بأن تكون إحدى الجنايتين عمداً والأخرى خطأ فالأصح أنهما لا يتداخلان، وكلام الشيخ يوهم اتفاق الأئمة على ما ذكره وجزم الماوردي في الحاوي بأنه يجب في سلخ الجلد حكومة لا تبلغ دية النفس ونقل ذلك أيضاً عن الصيمري في شرح الكفاية.

(٣) في ز: يده.

(٤) أخرجه البيهقي من حديث معاذ، وسنده ضعيف، قال: وروينا عن عمر وزيد بن ثابت مثله.

أهْلُ الخبْرة: إن العارض الذي حَدَث لا يزول، أما إذا توقَّعوا الزوال، [أو قال أهل الخبرةِ: إنَّ العارِضِ الذي حَدَثَ يزُولُ، فيتوقَّف][1] في الدية، فإن مات قبل الاستقامة، ففي الدية وجهان؛ كما إذا قلع سنَّ مثغور، فمات قبل أن تعود[2].

ثم في الفصل مسألتان:

إحداهما: يُنْظَر في الجناية الَّتي ذهب بها العَقْل، إن لم يكن لها أرش، كما لو ضرب رأسه، أو لطمه، فزال عقله، فعليه ديةُ العَقْل، وإن كان لها أرشٌ؛ إما مقدَّر كالموضِّحة، وقطْعِ اليدِ، والرِّجل، وإما غير مقدَّر؛ كالجراحات الموجبة للحكومات، ففيه قولان:

القديم[3]، وبه قال أبو حنيفة: أنه يدخلُ الأقل في الأكثر، فإن كانت ديةُ العقلِ أكثر؛ كما لو أوضح رأسه، فزال عقله، دخَلَ فيها أرشُ الموضِّحة، وإن كان أرشُ الجنايةِ أكثرَ؛ كما إذا قطع يديه مع بعض الذراعِ، أو يدَيْه ورجلَيْه، فزال عقله ـ يدخل فيه ديةُ العَقْل؛ ووجِّه بأن العقل يشبه الرُّوحَ؛ مِن حيث إنَّ زواله يشبهُ زوال الروح في زوال التكليفِ، ويشبه فواتَ منفعة البَصَر؛ من حيثُ إنه يبقى الجمالُ في صورة الأعضاء مع زواله؛ كما يبقى الجمال[4] في الحَدَقة بَعْد [زوال الضوء، فلشبهة بالرُّوح يدخل أرْش الجناية في دِيَتِهِ، إذا كان الأرش أقلَّ، ولشَبَهِهِ بالضوء][5] لا يجمع بين بَدَله وبَيْن أرش الجناية على الجرم، كما لا يجمع بين دية الضوء وأرش العَيْن القائمة، وإن كان تفويتُ العين القائمة لا[6] يوجبُ حكومةَ، بل يدخل الأقل في الأكثَرِ، والجديدُ الأصحُّ، وبه قال مالك وأحمد: أنه لا يدخلُ واحدٌ منهما في الآخر، بل يجب أرش الجناية ودية العقل جميعاً، لأنها جنايةٌ، أبطلت منفعةً غير حالَّة في محل الجناية؛ فصار كما لو أوضَحَه، فذهب سمعه أو بصره، لا يدخل أرش الموضِّحة في دية السمع والبصر، ولا بالعكس، فعلَىٰ هذا لو قطع يدَيْه ورجلَيْه، فزال عقله، وجبت ثلاثُ ديات، وعلى الأول لا يلزم إلا ديتان، هذا هو المشهُور من كيفية الخلافِ في المسألة، ووراءه شيئان:

أحدهما: في المهذَّب وغيره؛ أنه إن كان أرشُ الجناية مثلَ الدية، أو أكثرَ،

---

(١) سقط في ز.

(٢) الصواب سن غير مثغور، وعبارة التتمة: سن من لم يثغر وكمل ما وقع الشيخ تبعاً لأصله على سبق القلم.

(٣) ليس قديماً محضاً فله في الجديد قول يوافقه وعزي لنص الأم.

(٤) في أ: جمال.

(٥) سقط في ز.

(٦) سقط في ز.

وجبت ديةُ العقلِ معه، ولا تداخل قولاً واحداً، وإنما الخلافُ فيما إذا كان أرشُها دون الدية، هل تدخل الديةُ في العقل.

والثَّاني: نقل الإمام عن القاضي الحُسَيْن؛ أن أرش الجناية، إن لم يكن مقدَّراً، لم يدخل في دية العقل قولاً واحداً، وإنما الخلافُ في الجناية الَّتي لها أرشٌ مقدَّر، وأما ما أورده في الكتابِ، فالسابِقُ إلى الفَهْم منه وضع الخلافِ في أنَّ دية العَقْل، هل تندرج تحت أرش الجنايةِ؛ ووجْه الاندراج بأن العَقْل لا يختصُّ بعضو معيَّن يحلّ فيه؛ حتى يجتنب موقعه فأيُّ عضو مضمون بالدية، أفضى قطعه إلَىٰ زواله، جعل كأن العقل كان حالاً فيه حلولَ الضوء في الحَدَقة، لكن هذا يخالفُ ما حكينا عن الكيفية المشهُورة، ويخالف أيضاً ما ذكره الإمامُ فيما لو قطع يَدَيْ رجل، وزال عقله، وقلنا: يجبُ ديةٌ واحدةٌ، فإن لفظ الشافعيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - يشيرُ إلَىٰ أن الدية الواجبةَ ديةُ العقلِ، وديةُ اليدِ تندرج تحتها، ويخالف أيضاً قضية تشبيه العَقْل بالروحِ، فإن دية الروح لا تندرجُ تحت أروش الأطراف، وإنما تندرج الأروش[1] تحتَها، ثم سِيَاقُ الكتاب يُشْعِرُ بأن النصَّ الاندراجُ، وأن مقابلة وجْهٌ واحتمالٌ، وبأن الظاهر الأول، وإن كان القياسُ الثَّاني، لكن الخلاف في المسألة مشهورٌ بالقولَيْن، والظاهر الثاني عند الجمهور.

الثانية: لو أنكر الجانِي زَوَالَ العقل، ونسبه إلى التجانُنِ، راقبناه في الخَلَوات، وأوقات الغَفَلات، فإن لم تنتظم أفعاله وأقواله، أوجبنا الدية، ولا نحلِّفه؛ لأنه يتجانن في الجواب، ويعدل إلى كلامٍ آخَرَ؛ ولأن تحليفه يثبتُ جنونه، والمجنون لا يَحْلِف، وإن وجدناها منظومةً، فالقولُ قول الجاني مع يمينه، وإنَّما حلف؛ لجواز أنها صدَرَت منه اتفاقاً أو جرياً على ما اعتاده[2].

قال الغَزَالِيُّ: **الثَّانِيَةُ: ٱلسَّمْعُ وَفِيهِ كَمَالُ الدِّيَةِ وَفِي إِحْدَاهُمَا نِصْفُ الدِّيَةِ، وَقِيلَ: حُكُومَةٌ لِأَنَّ مَحَلَّ السَّمْعِ وَاحِدٌ، وَلَوْ قِيلَ: السَّمْعُ بَاقٍ وَقَدْ وَقَعَ فِي الطَّرِيقِ ٱرْتِتَاق فَتَعَطَّلُ المَنْفَعَةِ كَزَوَالِهَا عَلَىٰ أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَيَجْرِي فِيمَا إِذَا ذَهَبَ سَمْعُ الصَّبِيِّ فَتَعَطَّلَ نُطْقُهُ أَوْ ضُرِبَ صُلْبِ إِنْسَانٍ فَتَعَطَّلَ رِجْلُهُ فَفِي تَعَدُّدِ الدِّيَةِ خِلاَفٌ، وَإِذَا شَكَّ فِي السَّمْعِ جُرِّبَ**

---

(١) في ز: الأرش.

(٢) صورة المسألة أن يدعي ولي المجنون زوال العقل لأن دعوى المجنون لا تسمع لعدم التكليف. نعم إن كان جنونه منقطعاً وادعى حال إفاقته فدعواه صحيحة واستشكل هذا الحكم لما فيه من مخالفة قواعد الشرع من إعطاء الشخص بدعواه وإن الصواب أنا نقول للولي إذا ادعى القول قول الجاني بيمينه، فإن حلف فلا شيء لك عنده وإن نكل لم يحلف الولي في الأصح، فإن قال الولي عندي بينة تشهد بأنه مجنون فشهد أهل الخبرة بذلك قبلت شهادتهم على مقتضى الظاهر كما تشهد له البينة بالمرض المخوف ونحوه وحينئذ يثبت جنون المجني عليه ويأخذ الولي الدية.

بِصَوْتٍ مُنْكَرٍ بَغْتَةً، وَإِنْ نَقَصَ السَّمْعُ جرِّبَ بِالنِّسْبَةِ إِلَىٰ مَنْ هُوَ فِي مِثْلِ سِنِّهِ بِقُرْبِ الْمَسَافَةِ وَبُعْدِهَا، فَإِنْ كَذَّبَهُ الْجَانِي حُلِّفَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في إبطالَ السمع كمالُ الدية؛ لما رُوِيَ عن مَعاذٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ؛ أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «وَفِي السَّمْعِ الدِّيَةُ»[1] ولو أبطل السمْعَ من إحدى الأذنين، ففي وجهٍ عن الشيخ أبي محمَّد؛ أنه يعتبر ما نقص من السمع، ويجب قسْطُه من الدية، وقد يقال: يَجِبُ فيه الحكومة؛ وذلك لأن السمع واحدٌ، وإنما التعدّد في المنفذ، بخلاف ضوء البَصَر، فإن تلك اللطيفةَ متعدِّدة، ومحلُّها الحَدَقة، والمشهور أنه يجب نصْفُ الدية، لا لتعدد السمع، ولكن[2] ضبط النقصان بالمنفذ أولَىٰ وأقرب من ضبطه بغَيْره، ولو قطع الأذن، وبَطَل السمع، وجبت ديتانِ؛ لأن السَّمْعَ ليس في الأُذُن.

ولو جنَىٰ عليه، فكان لا يسمعُ في الحال، لكن قال أهل البصر: إنَّه يتوقَّع عوده، نُظِرَ؛ إن قدَّروا مدة، انتظرنا تلك المدة، فإن لم يعد، أخذت الدية، واستثنى الإمامُ ما إذا قدَّروا مدة يغلبُ على الظن انقراضُ العمر، قبل انقضائها، وقال: الوجهُ أن تُؤخَذَ الدية، ولا ينتظرَ هذه المدة كما لو لم يقدِّروا، وإن لم يقدِّروا مدة، فتؤخذ الدية في الحال؛ لأن الانتظار والتأخيرَ لا إلى غَاية؛ كالتفويت، فإن عاد[3]، ردَّت الدية، إذا بان أنه لم يزل، وإن قال أهل البصر: لطيفةُ السمع باقيةٌ في مقرِّها، ولكن ارتتق داخل الأُذُنِ بالجنايةِ، وامتنع نفوذ الصوت، ولم يتوقَّعوا زوالَ الارتتَاقِ، فهلْ يكون تعطُّل المنفعة كزوالها؛ حتَّىٰ تجب الديةُ بكمالها؟ ذَكَرُوا فيه وجْهَيْن، وألحقوهما بالوجْهَيْن فيما إذا أذهب سمع الصبيِّ، وتعطَّل لذلك نطقه، فإنَّ الطفل يتدرَّج إلى النُّطْق تَلَقِّياً مما يسمعُ، فهل يجب لتعطيل النطْقِ ديةٌ مضمومةٌ إلى دية السمع؟ فيه وجهان، ومال الإمام ـ رحمه الله ـ في مسألة الارتتاق إلى وجوبِ الدية، وقال: بقاءُ السمعِ وسلامتُه ليْسَ موثوقاً به، والأظهر، وهو الجواب في «التتمة» وجوبُ الحكومة؛ فإنَّ التعطيل لا ينزَّل منزلة الزوال.

وأما قوله في الكتاب: «أو كسر صلب إِنْسَان، فتعطَّل رجله، ففي تعدُّد الدية خلافٌ»، فهذا يُشْعِر بأن كسر الصُّلْب يوجبُ الدية بنفسه، وأنه إذا تعطَّلت الرِّجْل، كان تعطيلها كتعطيل[4] النطْقِ؛ حتى تجب دية أخرى على رأيٍ، وفي كلام الإمام أيضاً ما يقتضي تعلّق الديةِ بمجرَّد كَسْر الصُّلْب، لكن الظاهر خلافه على ما سيأتي، إنَ شاء الله تعالى.

---

(١) رواه البيهقي من طريق قتادة عن ابن المسيب عن علي.

(٢) في ز: وإن.

(٣) في ز: عادت.

(٤) في ز: كتعطيب.

ثم الكلام في صورتين:

إحداهما: لو أنكر الجانِي زوالَ السمعِ، امتحن المجنيُّ عليه؛ بأن يصاح به في نومه وغفلته صياحَ مُنْكِرٍ، وبأن يتأمّل حالهَ عند صَوْت الرعْدِ الشديدِ، فإن ظهر منه انزعاجٌ واضطرابٌ، ظهر[1] كذبه، ومع ذلك يحلف الجانِي؛ لاحتمال أن الانزعاج بسبب آخرَ اتِّفاقيٍّ[2]، وإن لم يظهر عليه أثر، بأن صدقه، ومع ذلك يحلفُ لاحتمال أنه يتجلّد ويتكلّف، وإن ادّعى بطلان السمع من إحدى الأذنَيْن، وأنكر الجاني حُشِيَتِ السليمةُ، وامتحن في الأخرَىٰ على ما ذكرنا.

الثانية: إذا انتقص سمعه من الأذنَيْن، فإن عرف قدْر ما نقص؛ بأن عرف أنه كان من أَيِّ موضع يسمع، وهو الآن يسمع ممّا دون تلك المسافة، فيضبط ما انتقص، ويُؤخذ قسْطُه من الدية، وإن لم يعرف، ولكن سَاءَ سَمْعُه، وثقل أذنه، فالذي أورده أكثرهم، وعليه جرى صاحب «التَّهْذيب» وغيره: أنه لا سبيل إلى تقديره، ويجب حكومة يقدِّرها الحاكم باجتهاده، وذكر الإمَامُ وغيره أنه تقدَّر بالاعتبار بسمع رجلٍ سليم السمعِ في مثل سنِّه وصحَّته؛ بأن يجلس بجنب المجني عليه ويُؤْمَرُ من يرفعُ الصوتَ ويناديهما من مسافة بعيدةٍ لا يسمع فيها[3] واحدٌ منهما، ثم يقرب المنادي شيئاً فشيئاً إلى أن يقول السليمُ: سَمِعْتُ، فَيُعْلَم على الموضع، ثم يديم المنادِي ذلك الحدَّ من رفع الصوت، ويقرب إلى أن يقول المجنيُّ عليه سمعتُ، فيضبط ما بينهما من التفاوت، وإنِ انتقص السمع من إحدى الأذنين، فيقدر النقصانُ بأن تصمَّم[4] العليلة، ويضبط منتهى سماعِ الصحيحةِ، ثم تصمّم الصحيحة، ويضبط منتهى[5] سماع العليلة، ويضبط ما بينهما من التفاوُت، ويؤخذ قِسْطُه من الدية، ويمكن أن يكون الفرقُ بين انتقاصِ السمعِ من إحدى الأذنَيْن؛ حيث اتفقوا على الاعتبار بالأخرى، ولم يعدلوا إلى الحكومة وبين أن يكُونَ الانتقاصُ في الأذنين جميعاً، حيث اختلفوا في أنَّ الواجب الحكومة، أو يعتبر المجنيُّ عليه بغيرة، والأشخاص يتفاوتون في السمْعِ حدَّةً وكَلاَلاً؛ بحسب الأمزجة، فاستبعد اعتبار شخصٍ بشخصٍ، ولم يستبعد اعتبار أُذُنِ شخصٍ بأذنه الأخرَىٰ، وإن كذبه الجاني فيما يدعيه؛ مِنِ انتقاص السمع، فالجواب في «التهذيب» وغيره: أن القول قولُ المجنيِّ عليه مع يمينه، سواءٌ ادعى الانتقاصَ في الأذنين، أو

---

(١) في ز: بان.

(٢) كذا جزم بالتحليف وهو فيه منابع للشيخ أبي حامد والماوردي والشيخ في المهذب وصاحب الشامل والتهذيب والتتمة، لكن الدارمي حكاه وجهاً وقال: عندي لا يحلف وهو المختار. قاله في الخادم.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: يضم.

(٥) سقط في ز.

إحداهما؛ لأنه لا يعرف إلا من جهته، وهذا قوله في الكتاب في آخر الفصل: «فَإِنْ كذَّبه الجانِي حَلَفَ المجنيُّ عليه»، قال في «الوسيط»: فلو قال الجاني: «حَلِّفُونِي» فإن الأصل بقاءُ السمعِ، قُلْنا: لو فتح هذا البابُ، لم يعجز من يستخير[1] الجنايةَ عن الحَلِف، وجريان الجناية سببٌ مظهر لجانب المجنيِّ عليه، فتصديقه أَوْلَىٰ.

وقوله: «في إحداهما نصْفُ الدية» قضيةُ هذا اللفظ تعدُّد السمع، والسمع واحد؛ علَىٰ ما مرَّ، وإنما التعدُّد في طريقه، والمرادُ بطلان السمع من إِحْدَى الأذنَيْنِ.

وقوله: «وإذا شكَّ في السمع» أي ادعى المجنيُّ عليه ذهابَ السمع ونازعه الجاني، وشككنا في أن الصادق أيهما، فيمتحن بالطريق المذكور؛ لتظهر الأمَارة الدالَّة على صدق الصادق منهما، وكذب الكاذب.

وقوله: «وإنْ نقص السَّمْعُ، جرب» كلمة «جُرِّب» ههنا غير واقعة موقعها؛ بخلاف ما في الصورة السابقة؛ فإن المقصود ههنا تقديرُ بدَلِ ما نقص بالنسبة المذكورة لا الامتحان.

قال الغَزَالِيُّ: **الثَّالِثَةُ: البَصَرُ وَفِي إِبْطَالِهَا مَعَ بَقَاءِ الحَدَقَةِ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَيَسْتَوِي فِيه الأَعْمَشُ وَالأَخْفَشُ، وَمَنْ فِي حَدَقَتِهِ بِيَاضٌ لاَ يَمْنَعُ أَصْلَ البَصَرِ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَفِي إِحْدَاهُمَا النِّصْفُ، وَيُمْتَحَنُ بِتَقْرِيبِ حَدِيدَةٍ مِنْ حَدَقَتِهِ مُغَافَصَةً.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في ضوء العينين[2] تمامُ الديةِ؛ روي عن مُعَاذٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ عَنِ النبيِّ ﷺ؛ أَنَّه قَالَ: «فِي البَصَرِ الدِّيَةُ»[3] ولأن إتلافَ المنْفَعَة المقْصُودةِ[4] من العُضْوِ تقتضي وجوبَ الدية؛ كإبطالِ منفعةِ البَطْش من اليد، وفي إذهابِ ضوء إحداهما نصفُ الدية، ولا فرق بين ضَعِيفِ البصرِ، بالعَمَشِ وغيره، ولا بين الأَحْوَل والأَخْفش وغيرهما، ولو فقأ عينيه، لم تجبْ إلا ديةٌ كاملةٌ، كما لو قطع يديه؛ بخلاف ما لو قطع أذنَيْه، وبطل سمعه؛ لما مر أنه ليس السمْعُ في الأذنين، ولو قال عدلان: إنَّ البصر، وإن اختلَّ، يعود إلى ما كان فيفرَّق بين أن يقدروا مدةً أَوْ لا يقدِّروا، ويكون الحكم على ما مرَّ في الأذنين، ولو مات المجني عليه قبل مُضِيِّ تلك المدَّة، فلا قصاص للشبهة[5]، وفي الدية طريقان.

---

(١) في ز: مستجنى. (٢) في ز: العين.

(٣) قال فيه الحافظ في التلخيص: لم أجده. (٤) سقط في ز.

(٥) وما جزم به من عدم القصاص تبع فيه البغوي وصاحب المهذب لكن جزم الماوردي والبندنيجي والروياني وغيرهم بوجوب القود وهو الصواب، فإن الشافعي نص عليه في الأم فقال وإذا شهد من أقبل شهادته أن بصره قد ذهب وآخر إلى المدة التي وصفوا أنه إذا بلغها قال أهل البصر: =

أحدهما: أنها على الوجهين فيما إذا قَلَع سنَّ غيرِ مثغور، ومات قبل أوانِ البيان.

وأصحهما: القطعُ بوجوبها؛ لأن الظاهر في السنِّ العَوْدُ، ولو عاش[1] لاستمرار العادة، وههنا بخلافه، ولو قال الجاني: ماتَ بعد عَوْد السنِّ أو البصرِ، وقال الوارثُ: بل قبله، فالمصدَّق الوارث؛ لأنَّ الأصل عدم العود.

وإذا ادعى المجنيُّ عليه زوالَ البصر، وأنكر الجاني، فالذي أورده جماعةٌ من الأئمة، وهو المنقول عن «الأم» أنه يراجع أهلَ الخبرة، فإنهم إذا وقفوا الشخْص في مقابلة عين الشمس، ونظروا في عينيه، عرفوا[2] أن الضوء ذاهبٌ أم[3] قائمٌ بخلافِ ما في السمع لا يراجعون فيه؛ لأنه لا طريق لهم إلى معرفته، وقال آخرون، وعليه جرى صاحب الكتاب: إنَّه يمتحن بتقريب حَيَّة، أوْ عقرب منه، أو حديدة من حدقته مغافصة، فإن انزعج واضطرب، فالقول قول الجاني مع يمينه؛ وإلا، فالقول قوله مع يمينه، ويمكن أن يقدَّر في هذا اختلافُ قولٍ أو وجهٍ، ورد في «التتمة» الأمر إلَىٰ خيرة الحاكم إنْ أراد أن يراجعهم، فعل، وإن أراد أن يمتحنه، فَعَل، وإذا رجع أهْلُ الخبرة، فشَهِدوا بذَهَاب البصر، فلا حاجة إلَى التحليف، ويؤخذ الدية بخلاف الامتحان، فإنه لا بد من التحليف بَعْده، ولا يقبل في ذَهَاب البَصَر، إنْ كانتِ الجنايةُ عمْداً إلاَّ شهادة رجلَيْن، وإن كان خطأً، قبلت شهادةُ رجُلٍ وامرأتينِ، وإن ادعى ذهاب البصر من إحدى العينَيْن، فيراجع أهل الخبرة، أو يمتحَنُ، كما ذكرنا في العينين.

وإن انتقص[4] ضوءُ العينين، ولم يَزُلْ، فإن عرف مقداره؛ بأنْ كان يرى الشخص من مسافة مضبوطةٍ، فصار لا يراه إلا مِنْ بعضها، فيجب من الديةِ قِسْطُ الذاهبِ، وإن لم يعرف، فعلى الطريقين المذكورين في السَّمْع، فمنهم من اعتبره بمثله في السنِّ والصحَّة، وقال الأكثرون: يجب حكومة يقدِّرها الحاكمُ، ولا يعتبر بغيره؛ لاختلاف الناس في الإِدراك[5]، ويروى عن الماسرجسيِّ أنه قال: رأيتُ صيَّاداً [كان] يرى الصَّيْد

= لا يعود بصره فمات قبلها أو أصاب عينه شيء يجبها فذهابها من الجاني الأول حتى نستيقن أن ذهابها من وجع أو جناية وليس على الجاني الآخر إلا حكومة وكان على الجاني الأول القود إن كان عمداً أو العقل إن كانت الجناية خطأً. انتهى.

(١) في ز: عاد.
(٢) في أ: علموا.
(٣) في أ: أو.
(٤) في ز: ينتقص.
(٥) وقد حكى في الذخائر الوجهين واستبعدهما.
وأما الاعتبار بالغير من أن النظر في الناس لا يتماثل فرُب صحيح النظر يرى الشيء من مسافة بعيدة ويراه غيره مع صحة نظره من مسافة أبعد منها، وأما اعتبار قوله وإيجاب حكومة فبعيد لأن الأصل عدم نقصان الضوء فكيف يقبل قوله بل ينبغي أن يكون القول قول الجاني مع يمينه وعلى المجني عليه البينة.

على فرسَخَيْن، وإن انتقص من إحدى العينين، فتعُصَّب العليلة، وتُطْلق الصحيحةُ، ويوقف شخص في موضِعٍ يراه ويؤمر بأن يتباعَدَ عَنه إلى أن يقول لا أراه، فيُعْلَم [على] المسافة، ثم يُعَصَّب الصَحيحةُ، وتُطلقَ العليلة، ويؤمر الشخص بأن يقترب راجعاً إلى أن يراه، فيضبط ما بين المسافَتَيْن، ويجب قسطه من الدية، وهذا الضبط مبنيٌّ على نهاية إبصاره في الصحيحة والعليلة، وهو متهم في الصحيحة بالزيادة، وفي العليلة بالنقصان؛ فلا يؤمن أنْ يكذب متدرجاً به إلى زيادة الواجب، فيمتحن في قوله: «أبصر[1] بالصحيحة» بأن تغيَّر ثياب الشخص الذي يبعدُ منه[2]، ويقرب، ويسأل عنها، فينظر أيصيب أم لا؟ وفي قوله: «لا أبصرُ بالعليلة» قال بعضُهم: يحلف على أنَّه لا يبصر فوق تلك الغاية، وقال أكثرهم: يمتحن بأنْ يضبط تلك الغاية، ويؤمر الشخص بأن ينتقل إلى سائر الجهَاتِ، والمجنيّ عليه بأن يدور، فإن توافَقَتِ الغاية من الجهات، فقد بان صدْقُه، وإلا بانَ كذبه، لأن اختلافَ الجهاتِ لا يؤثِّر فيه، ويجري مثْلُ هذا الامتحان في نقصانِ السمْعِ من إحدى الأذُنين، فيمتحنُ في قوله: «أَسْمَعُ بالصحيحة»؛ بأن يغيِّر المنادي نداءه وكَلامه، وينظر؛ هل يقف عليه المجنيُّ عليه، وفي قوله: «لا أَسْمَعُ بالعليلة» بأن ينتقل المنادي إلى سائر الجهات، وإذا انضبط[3] تفاوتُ مسافتَي الإبصار، فالواجب القِسْطُ، فإن أبصر بالصحيحة من مائتَيْ ذراعٍ، وبالعليلة من مائةِ ذراعٍ، فموجبه التنصيف[4]، ولكن لو قال أهلُ البصر: إن المائة الثّانيةَ تحتاجُ إلَىٰ مثلى ما يَحتاج إليه المائة الأولى؛ لقرب الأولَىٰ وبُعْد الثانية، فيجب ثلثا ديةِ العليلة؛ قال الشافعيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وما أرى أنَّ ذلك يضبط.

وقوله في الكتاب: «البَصَر يستوي[5] فيه من الأعمش والأخفش. . .» إلى آخره، هذا ساكت[6] من جهةِ اللفظِ عن بيان وجوبِ الديةِ في بَصَر السليم، وكان الأحسن أن يقول: «البصر، وفيه كمالُ الديةِ، وإنْ كان من الأعمشِ والأخفشِ. . .» إلى آخره؛ ليتناول اللفظُ السليمَ وغيره، وهو الذي قصده، فيعتبر، وقد ذكرنا في النوع الثاني معنى الأعمش والأخفش، وسألت بعضَهم، ففسَّر الأخفش بالذي يبصر بالليل دون النهار، والقول بكمال الدية إلى إبْطَال بصره يقتضي وجوب كمالِهَا في بَصَر الأعشَىٰ أيضاً، وهو الذي يبصر بالنَّهار دون الليل، لكن في «التهذيب»: أنه لو جنى عليه، فصار أعشى، فعليه نصفُ الدية وأنَّه لو عَشِيَتْ بالجناية إحدى عينيه، فعليه ربع الدية، وقضيةُ إيجابِ النصفِ، إذا جعله بالجناية أعشَىٰ - إيجابُ النصف، إذا جنى على الأعشَىٰ، فأَذْهَبَ

---

(١) في ز: اقتصر.
(٢) سقط في ز.
(٣) في ز: انضبطت.
(٤) في أ: النصف.
(٥) سقط في ز.
(٦) في ز: ساكن.

بَصَره؛ وكذلك الأخفش. وقوله: «ومَنْ في حدَقَتِهِ بياضٌ لا يَمْنَعُ أَصْلَ البَصَرِ» ظاهره وجوبُ الدية، ما دام يبصر شيئاً، وإن ضعف بصره، ونقص ضوءه، لكنْ ذكرنا في فَقْء العين التي فيها بياضٌ؛ أنه إن لم ينقص الضوء، يجب فيه الدية، وإن نقص، فلا تكمل الدية، فليكن في إذهاب ضوء العين، وفيها بيضٌ، مثلُ هذا التفصيل.

«فَرْعٌ»

لو شَخَصَتْ عينه بالجناية أو صار أعمش أو أحول، فالواجب على الجانِي الحكومةُ.

آخرُ: إذا أذهب ضوء عينه، وجاء آخر، وقلع الحَدَقة، ثم قال الأول: قُلِعَت بعد عود الضوء، وقال الثاني: بل قبله، فالقول قول الثاني[1] ولو صَدَّق المجنيُّ علَيْه الأوَّلَ، ترتَّب في ذمَّة الأوَّل عن الدية، ولا يُقْبَل قوله على الثاني، بل يحلف، وعليه الحكومة.

قال الغَزَالِيُّ: **الرَّابِعَةُ: الشَّمُّ وَفِيهِ كَمَالُ الدِّيَةِ وَيُمْتَحَنُ بِالرَّوَائِحِ الكَرِيهَةِ الحَادَّةِ، وَعِنْدَ النُّقْصَانِ يُحَلَّفُ لِعُسْرِ الامْتِحَانِ، وَقِيلَ فِي الشَّمِّ حُكُومَةٌ لِأَنَّهُ ضَعِيفُ النَّفْعِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في إزالة الشمِّ بالجناية على الرأس وغيره وجهان، عن رواية صاحبُ «التقريب»، وقولان فيما رواه منصور التَّمِيمِيُّ:

أحدهما: أنَّ الواجبَ فيه الحكومةُ، دون الدية، لأن الشمَّ ضعيفُ النفعِ؛ فإن منفعته إدراكُ الروائح، والأنتان أكثر من الطيبات، فيكون التأذِّي أكْثَرَ من التلذُّذ.

وأصحُّهما: وجوب الدية؛ لما روي في كتاب عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ: «وَفِي الشَّمِّ الدِّيَةُ» ولأنَّ الشم حاسَّة من الحواسِّ التي هي طلائعُ البدنِ، فأشبهَتْ سائرها، ولو أذهب الشمّ من أحد المَنْخِرَيْنِ، فعليه نصف الدية، ويشبه أنْ يجيء فيه الوجه المذكُور في إبطال السمع من إحدى الأذنين.

ولو ارتتق المنفذُ، فلم يدرك الروائح، وقال أهل البَصَر: القوة باقيةٌ؛ فليكن كما مر في السمع ولو قَطَع أنفه، فأَذْهَب شمَّه، وجبَتْ ديتانِ؛ كما في السَّمع؛ لأنَّ الشمَّ لا يحلُّ الأنف، وإذا أنكر الجاني زوالَ الشمِّ، امتحن المجنيُّ عليه بتقريب مالَهُ رائحةٌ حادَّةٌ منْه طيبةٌ وخبيثةٌ، فإن هَشَّ للطيب، وتعبَّس للنتن، صُدِّق الجاني بيمينه، وإن لم يظهر عليه أثر، صُدِّق المجني عليه بيمينه[2]، وإن انتقص الشمّ، نُظِرَ؛ إن عُلِمَ قدْرُ الذاهب،

---

(١) سقط في ز.
(٢) سقط في ز.

وجب قسطه من الدية وروي أن[١] الشافعيَّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنهُ - قال: «وَلاَ أَحْسِبُهُ يُعْلَمُ»، وإن لم يُعْلم، فيجب حكومة يقدِّرها الحاكم بالاجتهاد، ولم يذكُروا ههنا الامتحانَ بمن هو في مثل شمِّه، ولا بُعْدَ في طرده ههنا، فإن انتقص الشم من أحد المَنْخِرَيْنِ، فيمكن أن يعتبر بالجانب الآخر، ولم يذكروه ولعلهم[٢] اكتفَوْا بالمذكور في السمع والبصر، وإذا ادعى النقصان، وأنكر الجاني، فيحلَّف المجني عليه، إذ لا يعرف ذلك إلا من جهته، وشبه ذلك بما إذا اُدعَتِ المرأة انقضاءَ الأقراء، وقالت: حِضْتُ، وقد عُلِّق الطلاقُ بحيضها، قَالَ الإمام: وينبغي أنْ يعيِّن المجنيُّ عليه قَدْراً يطالب به وإلاَّ فهو كمن يَدَّعِي شيئاً مجهولاً، وسبيله في نفْسه[٣] أن يأخذ الأقل المستيقَنَ، ولو عاد الشمُّ بعد ما ظُنَّ زواله، وأخذت الدية، وجب ردُّها، ولو وضع المجنيُّ عليه يده على أنفه عنْد زائحة منْكَرة، فقال الجاني: فعلت ذلك لعود شَمِّك، وأنكر المجنيُّ عليه، فهو المصدَّق باليمين؛ لأنه قد يقع ذلك اتِّفاقاً، ولرعاف وامتِخاطٍ، وعند تفكُّر ونحوه.

قال الغَزَالِيُّ: **الخَامِسَةُ: النُّطْقُ وَفِي إِبْطَالِهِ كَمَالُ الدِّيَةِ وَإِنْ بَقِيَ فِي اللِّسَانِ فَائِدَةُ الذَّوْقِ وَالحُرُوفِ الشَّفَوِيَّةِ وَالحَلْقِيَّةِ، وَفِي بَعْضِ الكَلاَمِ بَعْضُ الدِّيَةِ، وَيُوَزَّعُ عَلَىٰ ثَمَانِيَةٍ وَعِشْرِينَ حَرْفاً، وَتَدْخُلُ الشَّفَوِيَّةَ وَالحَلْقِيَّةُ فِي التَّوْزِيعِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا جنى على لسانه، فأبطل كلامه، فعليه كمالُ الدية؛ لما روي عن زيد بْنِ أَسْلَمَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنهُ - أنَّه قال: «مَضَتِ السُّنَّةِ بِإِيجَابِ الدِّيَةِ»[٤] ولأن اللسان عضوٌ مضمونٌ بالدية، فتضمن منفعته العظمى بها؛ كاليد والرِّجْل، وإنما تؤخذ الدية، إذا حكم أهل البَصَر بأنَّ نطقه لا يعود، فإن أخذت، فعادَ، استردَّت، وإذا ادعى زوال النطْقِ، وأنكر الجاني، ففي «التتمة» أنَّه يفزَّع في أوقات الخَلْوة، وينظر هَلْ يبدر منه ما يُعْرَفُ به كذبه، فإن لم يظهر شيءٌ، حلف كما يحلف الأخرس، وأخذت الدية، ولو بطل بالجناية بعض الحروف، ووُزِّعت[٥] الدية عليها، فإن الكلام يتركَّب منها، ولا فرق بين ما يخف على اللسان منها، وما يَثْقُل، قال في «التهذيب»: والحروف مختلفةٌ في اللغات، وكلُّ من تكلم[٦] بلغة، فالنظر عند التوزيعِ إلى حروف تلك اللغة[٧]، وذكر

---

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: وليعلم.

(٣) في أ: تعيينه.

(٤) رواه البيهقي، كما في التلخيص.

(٥) في أ: وزع.

(٦) في أ: يتكلم.

(٧) كذا قطعوا به وحاول صاحب الوافي تخريجه على الخلاف فيمن ولد أصم لم يسمع الكلام ولم يتكلم هل يجب فيه الحكومة أو الدية وجهان ووجه التخريج أن اللسان من حيث هو له صلاحية الكلام لجميع الحروف إذا لم يكن به عارض يمنعه لكونه ما أشكل لسانه في هذا الحرف لا ينبغي أن يعطي حكم تعطيله.

القاضي ابن كَجٍّ مثله، وحكى[1] عن رواية أبي الحُسَيْن بنِ القطَّان وجهين فيمن يتكلَّم بلغتين، وبَطَل بالجناية حُروفٌ من هذه، وأخرى من هذه، أنَّ الدية توزَّع على حروف أكثرهما حروفاً أو على أقلهما.

ثم في الحروف الموزَّع عليها وجْهانِ[2]، قال أكثرهم، وهو ظاهر النَّصِّ: إن التوزيع يكونُ على جميعها، وهي[3] ثمانيةٌ وعشرون في اللغة العربيَّة، فإن ذهب نصفها، وجب نصف الدية، وإن ذهب واحدٌ منها، وجب جزءٌ من ثمانية وعشْرين جزءاً من الدية، وعلى هذا القياسُ؛ وذلك لأنَّ الكلام يتركَّب من جميعها، وقال الإصطخريُّ: لا يدخل في التوزيع الحروفُ[4] الشفويةُ، وهي الباء والميم والفاء والواو، ولا الحلقيةُ، وهي الهاء والعين والغين والحاء والخاء والهمزة، وإنما التوزيعُ على الحروف الخارجَة من اللسان، وهي ما عداها، وحكى أبو الفَرَجِ السرخسيُّ هذا المذْهَبَ عن مالِكٍ، وقد توجَّه ذلك؛ بأن منفعة اللسان هي النطْقُ بها، فيكون التوزيعُ عليها، وتكمل الديةُ فيها، ومن نصر الظاهر، قال: الحروفُ، وإن كانت مختلفةَ المخارج، إلا أنَّ الاعتمادَ في جميعِهَا على اللِّسان، وبه يستقيمُ النطْقُ ويكمل، هذا إذا ذهب بعضُ الحروف، وله فيما بقي كلامٌ مفهومٌ.

أما إذا ذهب بعضُ الحروفِ، ولم يكن لَهُ فيما بَقِيَ كلامٌ مفهومٌ، ففي «التهذيب» أنه يجبُ كمالُ الديةُ؛ لأن منفعةَ الكلام [قد] فاتَتْ، ويحكَىٰ هذا عن أبي إسحاق، وعن القَفَّال، وفيما رواه الرويانيُّ أنَّه المذهب، ومنهم من قال: لا يلزمه إلاَّ قسْطُ الحروف الفائتة؛ لأنه لم يفت ما سواها من الحروف، وإنما تعطَّلت منافعُها، فصار كما إذا كَسَر صلبه، فتعطَّل مشيه، والرِّجل سليمةٌ؛ فإنه لا يلزمه بتعطيل المشْيِ ديةٌ أخرى، وفي «التتمة» أن هذا هو المشهورُ في المذهب، والمنصوص في «الأم»، ويمكن أن يكون السببُ فيما ذكره أنَّ الأئمَّة نقلوا في طرقهم عن «الأم»؛ أنه لو ذهب حرفٌ، وتعطَّل عليه بسببه الكلمةُ المشتملةُ علَىٰ ذلك الحرف؛ كما إذا ذهب حرفُ الميم، فلم يمكنه أن يأتي باسْم محمَّد، لم يلزمه إلا قسْطُ الحرف الفائت من الدية، ويجوز أنْ يقالَ: صورةُ النصِّ ما إذا لم يمكنه أنْ يأتي بالكلمة التي فيها الحرْفُ الذَّاهب، ولكن بقي له كلامٌ مفهومٌ، والذي صحَّحه القفَّال، صورتُهُ ما إذا لم يبْقَ له كلامٌ مفهومٌ، [والله أعلم].

---

(١) سقط في ز.

(٢) لم يرجح المصنف رحمه الله شيئاً منهما. قال في الخادم: الأقرب التوزيع على الأكثر لأن الأصل براءة ذمة الجاني فلا يلزمه إلا اليقين فعلى هذا يوزع على غير الحروف المذكورة للعربي.

(٣) في ز: وهو.

(٤) سقط في ز.

وذكر المتولِّي تفريعاً على الخلافِ في أنَّ الحروف الشفويَّة، هل تدخلُ في التوزيع؛ أنَّه لو ضرب شفَتَيْهِ، فأذهب الحروفَ الشفويةَ، أو رقبته، فأذهب الحروفَ الحلقية، فإن وزَّعنا على جميع الحروف، وجب قسْطُ الذاهب، وعلى ما ذكره الإصطخريُّ لا يجب إلاَّ الحكومة، وفي كتاب القاضي ابْنِ كَجٍّ، أنه لو قطع شفتيه، فأذهب الباء والميم، فعن أبي سعيد الإصطخريِّ؛ أنه يجب مع دية الشفتينِ أرشُ الحرفين، وأن ابنَ الوكيلِ، سُئِلَ عنه، فقال: لا يجبُ إلاَّ الديةُ؛ كما أنه لو قطع لسانه، وذهب كلامه، لا يجب إلاَّ الدية.

ولو جنَىٰ على لسانِهِ، فصار يبدلُ حرفاً بحرف، وجب قسط الحرف الذي أبطله، ولا يصير الآخر بدلاً، فإنه أيضاً أحد الحروف المقصودة، ولو ثقل لسانه بالجناية، أو حدثت في كلامه عَجَلة أو تمتمة أوْ فأفأة، وجبت الحكومةُ دون الديةِ؛ لبقاء المنفعة، وكذا لو كان ألثغَ، وزادت لثغتُهُ.

وقوله في الكتاب: «وإنْ بقي في اللِّسان فائدةُ الذوقِ والحروفِ الشفويةِ والحلقيةِ» فيه تصريحٌ بأن الذوْقَ في اللسان، وهو المشهور، وفي «التتمة» أنَّ الذوقَ في طَرَف الحَلْق، ثم وجوبُ الدية بإبطال النطْقِ، وإن بقي الذوق لا شبهة فيه، فأما وجوبها بكمالها، وإن بقيت الحروفُ الشفويةُ والحلقيةُ، فقد ذكره ههنا، وفي «الوسيط»، وعلَّل هناك بأنَّ الذي بَطَل جزءٌ مقصودٌ برأسه، وهذا لم أجدْ له تعرُّضاً لسائر الأصحاب، وهو مناقض لما ذكره مِنْ بعد، وهو أنه يجبُ في بعض الكلام بعضُ الدية، ويوزَّع على جميع الحروفِ من الشفويَّة وغيرها، وإنما يستمرُّ ذلك على طريقة الإصطخريِّ على ما تبيَّن.

وقوله: «وتدخُلُ الشفويةُ والحلقيةُ في التَّوْزيع» مُعْلَم بالواو، ويجوز إعلامه بالميم؛ لما سبق.

قال الغَزَالِيُّ: **وَلَوْ كَانَ لاَ يُحْسِنُ بَعْضَ الحُرُوفِ فَهَلْ يَنْقُصُ الدِّيَةِ أَوْ هُوَ كَضَعْفِ القُوَيْ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ كَانَ بِجِنَايَةٍ فَوَجْهَانِ مُرَتَّبَانِ وَأَوْلَىٰ بِالتَّنْقِيصِ، وَضَعْفُ سَائِرِ المَنَافِعِ الَّتِي لاَ تَتَقَدَّرُ مِثْلُ الحُرُوفِ، وَإِنْ كَانَ بِآفَةٍ لَمْ تَنْقُصْ، وَإِنْ كَانَ بِجِنَايَةٍ فَوَجْهَانِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا لم يُحْسِنِ الرجلُ بعض الحروف؛ كالأَرَتِّ والألْثَغ الذي لا يتكلَّم إلاَّ بعشرين حرفاً مثلاً، هَلْ يجبُ في إبطال كلامه كلُّ[1] الدية؟ فيه وجهان[2]:

أصحُّهما: نعم، وهذا ما أورده صاحبُ «التهذيب»، ووجهه أنَّ هذا الشخصَ ناطقٌ، وله كلام مفهومٌ إلاَّ أنَّ في منطقه ضعفاً، وضعف منفعة العضو لا يقدح في

(١) سقط في ز.
(٢) سقط في ز.

كمال[1] الديةِ، كضعف البطْش، والبَصَر، وسائر القُوَىٰ، وعلى هذا، فلو أبطل بعضَ حروفه، فالتوزيع على ما يحسنه، لاَ عَلَىٰ جميع الحروف.

والثَّاني: أنه لا يجبُ إلاَّ قسطُها من جميع الحروف؛ لأنَّ النطق مقدَّر بالحروف بخلاف البطش، وما لا يقدَّر بمثل ذلك، وعلى هذا، فالتوزيعُ علَىٰ جميع الحروف، لا على ما يحسنها خاصَّة، وهذا ما أورده صاحب «التتمة»، وإذا قلنا بهذا الوجه الثاني، فلو كان الشخْصُ ممَّن يَقْدِرَ على التعبير عن جميع مقاصِدِهِ، لفطنته واستمداده من اللُّغة وتهدِّيه إلى مناظِمِ الكلامِ، فهل تكملُ الدية؟ فيه وجهان:

أظهرهما: لا؛ لأن اقتداره للحَذَق ومعرفة اللغةِ، لا لمعنى في الكلام، هذا إذا كان ما به مِنَ النقصانِ خلقياً أو حادثاً بآفة سماوية، فأما إذا حدث بجناية جانٍ، ففيه خلافٌ مرتَّب، والظاهر أنه لا تكمل[2] الديةُ، كيلا تتضاعف الغرامةُ في القَدْر الذي أبطله الجانِي الأوَّل، وهذا ما أورده الإمام، وتكلَّم ههنا في نقصان سائر المنافع وفي نقصان الأجْرَام أيضاً، أما سائرُ المنافع[3]، التي لا تتقدَّر تقدَّر النطق بالحروف؛ كالبطش والبَصَر، فإن كان النقصانُ فيهاَ بآفةٍ، فلا اعتبار به، ويجب علَىٰ من أبطلها الديةُ الكاملةُ، وكذلك مَنْ قَطَع العضوَ الذي هو محلُّ تلك المنفعة؛ وذلك لأنه لا ينضبطُ لضعفها وقوَّتها، ويختلفان بالأعراض والأمراض، وتَتَبُّعُ مقاديرها يَعْسُر أو يتعذَّر، وإن كان النقصان بجنايةٍ، فإنَّ فيه احتمالاتٍ متلقاةً من كلام المشايخِ، ولا بأس، لو نقلنا وجوهاً[4]:

أحدُها: أنَّ الجوابَ كذلك، والثَّاني، وهو الذي رجَّح أنَّه لا تكملُ الدية، بل يحط[5] قدْرُ الحكومة الَّتي غرمها الأول عن مبطلِ المنفعةِ، وقاطع العضو جميعاً تحرُّزاً عن تضْعِيفِ الغرامةِ.

وثالثُها: أنه لا يحطُّ عن قاطع الجرم، ويحطُّ عن مبطلِ المنفعة الناقصة؛ لتناسب جنايته مع جناية الأول، وأما الأجرامُ، فإمَّا أنْ يكون لِمَا نَقَص أرشٌ مقدَّرٍ أو لا يكون، إنْ كان له أرشٌ مقدَّر، فالواجب على الثاني الديةُ مخْطُوطاً عنها أرشُ ما نقص، سواءٌ حصل النقصان بآفة أو جنايةٍ[6]؛ حتى لو سقطتْ أنملةٌ من أنامله بآفة، ثم قطع اليد

---

(١) سقط في ز.

(٢) وهو يقتضي حكاية طريقين ولم يصرح به المصنف لكنهما تخريج من كلامه فإنه قال ففيه خلاف مرتب والظاهر أنه لا يكمل. انتهى.
فيخرج من الترتيب طريقة قاطعة بعدم التكميل.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) في ز: يحيط.

(٦) في أ: بجناية.

قاطعٌ يحطُّ عن دية اليدِ أرش الأصبع أو الأنملة، ولو جرح رأسه متلاحمةً، وجاء آخر، وجعلَها موضِحة، فعلى مَنْ أوْضَح أرْشُ موضِحةٍ محْطُوطاً عنه واجبُ المتلاحمةِ، سواءٌ قدَّرنا واجبها، أو أوجبنا الحكومةَ، ولو التأمتِ المتلاحمةُ، واكتسى موضعها بالجِلْد، لكن بقي غائراً، وجاء آخر، وأوْضَح فيه، فالصحيحُ أنَّ حكم ذلك الجُرْح قد سقط، وعلى من أوضح أرشٌ كاملٌ، وإن لم يكن لما نقص أرشٌ مقدَّر؛ كفلقة ينفصلُ من لحمة الأنملة، فإن لم يؤثِّر في المنفعة، لم تنتقص به الديَة، وإن قدر وجوب حكومة فيه للشَّيْن، ولا فرق بيْنَ أن يحصل ذلك بآفةٍ أو جنايةٍ وإن أثَّر في المنفعة، فكذلك لا تنتقصُ به الديةُ، إن حصل بآفةٍ، وإنْ حَصَل بجناية، قال الإمام: يجوز أن يجعلَ كالنقصان بآفةٍ، ويجوز أن يحط[1] عن الثاني مقدارُ الحكومة الواجبةِ على الأولِ، وهو الأقرب.

قال الغَزَالِيُّ: **وَلَوْ قَطَعَ بَعْضَ لِسَانِهِ فَأَبْطَلَ بَعْضَ كَلَامِهِ وَتَسَاوَتْ نِسْبَةُ الجُرْمِ وَالحُرُوفِ فَذَاكَ، وَإِنْ تَفَاوَتَا أَخَذْنَا بِأَكْثَرِ الشَّهَادَتَيْنِ، وَلَوْ قَطَعَ رُبُعَ اللِّسَانِ فَزَالَ نِصْفُ الكَلَامِ فَنِصْفُ الدِّيَةِ، وَلَوْ قَطَعَ نِصْفَ اللِّسَانِ فَزَالَ رُبُعُ الكَلَامِ فَنِصْفُ الدِّيَةِ، وَلَوِ اسْتَأْصَلَ البَاقِي وَقَدْ بَقِيَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الكَلَامِ أَوْ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ اللِّسَانِ فَيَجِبُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الدِّيَةِ أَخْذاً بِالأَكْثَرِ، وَقِيلَ: النَّظَرُ إِلَى الجُرْمِ فِي حَقِّ البَاقِي وَلَكِنْ لَوْ بَقِيَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ اللِّسَانِ وَفِيهِ نِصْفُ الكَلَامِ فَنِصْفُ الدِّيَةِ وَحُكُومَةٌ وَكَأَنَّ رُبُعَ اللِّسَانِ أَشَلُّ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: نزَّل العلماء النطْقَ في اللسان منزلةَ البَطْش في اليدِ، والمشْي في الرِّجْل، وقالُوا: إذا أستأصل لسان إنسانٍ قَطْعاً، وأبطل كلامه، لم يلزمه إلاَّ ديةٌ واحدةٌ، ولو قطع عَذَبة اللسانِ، وبطل الكلامُ، فكذلك الحكمُ، وهو كما لو قطع أصبعاً، من اليد، فشَلَّت اليد، وقد يشكل ما ذكروه، بأنَّا نرى المقْطُوع اللسان يتكلَّم، ويأتي بالحروف كلِّها مفهومةً أو معظمها، وذلك يشعر بأنَّ النطق في اللسان، ليس كالبطش في اليد، ثم قالوا: إذا قطع بعض اللسان، وذهب بعض الكلام، فينظر؛ إن تساوت نسبة جرم اللسان والكلام؛ كما إذا قطع نصْفَ لسانه؛ فذهب نصف كلامه، فالواجب نصْفُ الدية، وإن تفاوتت[2] النسبةُ، كما إذا قطع رُبُعَ لسانه، فزالَ نصف كلامِهِ، أو نصف لسانه، فزال ربع كلامه، فعليه نصْفُ الدية، واختلفوا في تعليلِهِ، فقال أكثر الأصْحَاب: اللسانُ مضمونٌ بالدية، وإبطالُ منفعته أيضاً مضمونٌ بها، فيعتبَرُ الأغلظُ من موجبيها[3]، ويجب الأكثر، وهذا كما أنه[4] إذا بَطَل البطْش بقَطْع بعض الأصابع، يجب الدية، ولو

---

(١) في ز: يحيط.
(٢) في ز: تفاوت.
(٣) في ز: موجبهما.
(٤) سقط في ز.

قطع الخنصر والبنصر، مثلاً، يلزمه خُمساً الديةِ، وإن كان الفائتُ من المنفعة دون الخُمسَيْنِ، وقال أبو إسحاق: الاعتبارُ بالجرم لأنه الأصل الَّذي ينال بالجنايةِ، فيجب في قطع نصفِ اللسانِ، وذهابِ ربعِ الكلامِ نصفُ الدية، اعتباراً بالجُرْم، وإذا قطع ربعه، وزال نصْف الكلام، فعليه أيضاً نصْفُ الدية[1]، فإنَّما يجب النصف لأنَّه قطع ربعاً صحيحاً، وأشَلَّ ربعاً آخر، وتظهر فائدة الاختلاف في صورتين:

إحداهما: إذا قطع نصْفَ لسانِهِ، وذهب ربع الكلام، ثم جاء آخر، واستأصل الباقي، فعلى ما قاله الأكثرون: يجبُ عليه ثلاثةُ أرباع الدية لأنه أبطل ثلاثة أرباع الكلامِ، وعلى ما قاله أبو إسحاق: نصف الدية كما على الأول اعتباراً بالجرم.

والثانية: لو قطع ربع لسانه، فذهب نصف الكلام، ثم جاء آخر، واستأصَلَ الباقِيَ، فعلَىٰ عبارة الأكثرين؛ عليه ثلاثة أرباع الديةِ، لأنه قطع ثلاثةَ أرباعِ اللسانِ، وفيها نصف[2] الكلام، وعلَىٰ ما ذكره أبو إسحاق، عليه نصفُ ديةٍ وحكومةٌ؛ لأنه قطع نصفاً صحيحاً، وربعاً أشَلَّ.

ولو أذْهَبَ نصفَ الكلام بجنايةٍ على اللسان من غير قطْعٍ، ثم جاء آخر، وقطعه، فعلَىٰ طريقةِ الأكثرينَ؛ عليه ديةٌ كاملةٌ؛ لقطعه جميع اللسان، مع بقاء المنفعة فيه، وعلى ما ذكره أبو إسْحَاق؛ يلزمه نصْفُ ديةٍ وحكومةٌ؛ لأن الجرم لذهاب نصف الكلامِ، نصفُهُ صحيحٌ، ونصفه أشَلُّ، فيجب للنصفِ الصحيحِ نصفُ الدية، وللأَشَلِّ الحكومةَ.

وقوله في الكتاب: «وإنْ تَفَاوَتَا أَخَذْنَا بِأَكْثَرِ الشَّهَادَتَيْنِ»، أراد به ما ذكر في «الوسيط»؛ أنَّ نقصانَ كلِّ واحد من الجرم، والحروف مبينٌ مقدار الزائل من القوَّة النطقية الَّتي لا يتقدَّر تحقيقاً، وشاهد عليه؛ فتأخذ بأكثر الشهادتين، وقوله: «وقيل: النظَرُ إلَى الجُرْم في حقِّ الثَّاني»، المرادُ منه الوجهُ المنسوبُ إلَىٰ أبي إسحاق، وإنما قال: «في حَقِّ الَثَّاني»[3]؛ لأن الخلافَ يظهرُ في حقِّه، لا في حق القاطع الأول، وإلاَّ فالنظر إلى الجرم لا يختصُّ بالثاني على ما تبين.

«فُرُوعٌ»

رجلانِ قطع من أحدهما نصفُ لسانه، فذهب ربع كلامه، ومن الآخر نصْفُ لسانه، وذهب نصف كلامه، فقطع الأوَّل النصف الباقي من لسانِ الثانِي، لم يقتص منه، وإن أجرينا القصاصَ في بعض اللسان؛ لنقصان المجنيِّ عليه.

---

(١) سقط في ز.
(٢) في ز: قوة.
(٣) في ز: الباقي.

قطع نصف لسانه، وذهب نصف الكلام، فاقتص من القاطع، ولم يذهب منه إلاَّ ربع الكلام، يأخذ المجنيُّ عليه ربع الدية؛ ليتم حقُّه، وإن ذهب من المقتصِّ منه ثلاثةُ أرباع الكلامِ، فلا شيء على المجنيِّ عليه؛ لأن سراية القَوَدِ مُهْدَرة.

عود الكلامِ بعد ما ظُنَّ زواله، وأخذت الديةُ كعَوْدِ السمْع[١] والبَصَر.

من لا يتكلَّم بحرفٍ من الحروف، إذا ضرب لسانه، فانطلق ذلكَ الحرفُ، وفات حرفٌ آخر، وجب قسطُ الحرفِ الفائتِ من الديةِ، ولم ينجبر الفائتُ بما انطلق، وذلك مثل أنْ كان لا ينطقُ[٢] لسانه بالتاء، وكان ينطقُ بالسينِ، فانطلق لسانه بعد الجناية بالتاءِ، وذهب مُكْنَة النطق بالسين، قال الإمامُ: والتوزيعُ يقع على الحروف، وفيها التاء[٣] المستفادةُ، أم على الحروف التي كانتْ في اللسان قبل الجناية، هذا موضع النظر.

ولك أن تقولَ: ليبن هذا علَىٰ أنَّ مَنْ يحسن بعض الحروفِ، وله كلامٌ مفهومٌ، إذا أبطل بالجناية بَعْضَ ما يحسنه يكونُ التوزيع علَىٰ ما يحسنه، أو على جميع الحروفِ، فإن قلنا بالأول، فالتاء المستفادةُ لا تدخلُ في التوزيع، وإن قلنا بالثاني، فهما داخلان جميعاً فيه.

ومن في كلامه عجلة واضطرابٌ[٤] إذا ضرب ضاربٌ لسانه، فانطلق واستقامَ لسانُه، لم يلزم الضاربَ شيءٌ، لأنه لم ينتقص[٥] جرم ولا منفعة.

قطع فلقة من لسانه، ولم يبطل به شيءٌ من الكلامِ، قال الإمام: من[٦] راعى الكلامَ، لم يوجبْ على القاطع إلاَّ الحكومةَ، ومن راعى الجَرم، أوجب قسْطاً بالنسبة إلى اللسان، لكن في هذا إيجاب المقدَّر من غير تفويتِ الكلام، ولو صحَّ ذلك، لزم إيجاب الدية الكاملةِ في لسانِ الأخْرَس، وبوجوب الحكومة، أجَاب في «الوسيط».

قال الغَزَالِيُّ: **السَّادِسَةُ: الصَّوْتُ وَفِي إِبْطَالِهِ كُلُّ الدِّيَةِ فَإِنْ بَطَلَ مَعَهُ حَرَكَةُ اللِّسَانِ فَدِيَتَانِ، وَقِيلَ: دِيَةٌ وَاحِدَةٌ لِأَنَّ الصَّوْتَ يُقْصَدُ لِلنُّطْقِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لو جَنَى علَىٰ إنسان، فأبطل صوته، واللسانُ على اعتداله، ويمكنه

(١) وقضيته القطع به كما سبق في الكلام على السن وصرح به في البحر فقال: وإذا ذهب الكلام ثم عاد بعد أخذ الأرش لزمه رده قولاً واحداً لأنه لما رجع تبيناً أنه لم يكن ذهب وإنما لم ينطق لعارض بخلاف عود اللسان ففيه قولان لأنه قطع بالمشاهد فلا يقال تبيناً أنه لم يقطع.

(٢) في أ: ينطلق.

(٣) في ز: الثاء.

(٤) سقط في ز.

(٥) في ز: ينقص.

(٦) في ز: في.

من التقطيع والترديدِ، فعليه لإبطال الصوت الديةُ؛ لأنَّه من المنافع المقصودةِ في غرض الإعلام والزجْرِ، وغيرهما، وإنْ أبطل مع ذلك حركَةَ اللسانِ؛ حتى عجز عن الترديد والتقطيع، فوجهان:

أرجحهما، على ما يقتضيه نَظْم الكتاب: أنَّه يلزمه ديتانِ[١]، لأنهما منفعتانِ مختلفتانِ، وفي كل واحدةٍ منهما إذا أفردتْ بالتفويت كمالُ الديةِ، فإذا فوتتا، وجب ديتان.

والثاني: لا يلزم إلاَّ ديةٌ واحدةٌ؛ لأن المقصودَ الكلامُ، لكنه يفوَّت بطريقين: انقطاع الصوت، وعجز اللسان عن الحركة، وقد يجتمع الطريقانِ، وقد يوجَدُ أحدهما خاصَّة، وإذا قلنا: يجب ديتان، وكانت[٢] حركة اللسانِ باقيةً، فقد تعطَّل النطق بسَبَب فواتِ الصوْتِ، فيجيء الخلافُ المذكورُ في أنْ تعطُّل المنفعةِ، هل هو كزوالها، فإن جعلناه كزوالها، وجبت ديتانِ أيضاً، وإلا لم يلزم إلا ديةٌ[٣]، ومثل هذا الخلافِ الخلافُ في أنَّ من أزال سمع الصبي قبل أنْ يبلغ مظِنَّة النطق، وتعطَّل لذلك نطقه لم[٤] يلزمه لذلك[٥] ديةٌ أو ديتان؟ وهو مبنيٌّ على الخلافِ الذي مَرَّ في أنَّه، هلْ يجب علَىٰ قاطعِ لسانِهِ الديةُ أم لا؟ إنْ قلنا: يجبُ، فليس على مزيلِ السمع إلاَّ ديةٌ واحدةٌ، وإنْ قلْنا: لا يجبُ، فعليه ديتان، وكذلكَ في كاسِرِ الفقَارِ، مع قاطع الرِّجْلِ المعطَّلة بكَسْر الفقَارِ، [والله أعلم].

قال الغَزَالِيُّ: **السَّابِعَةُ: الذَّوْقُ: وَفِيهِ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَيُجَرَّبُ بِالأَشْيَاءِ المُرَّةِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في إبطالِ الذوقِ الديةُ؛ كما في إبطال السمْع والبصرِ وسائِرِ الحواسِّ، وقد يفرض ذلك بالجنايةِ على اللِّسان، وعلى الرقبة وغيرهما، واختلف كلام الأئمة؛ أن إيجاب الدية في الذوقِ منصوصٌ عليه للشافعيِّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أوْ مقيسٌ بما نصَّ عليه. والمُدْرَك بالذوْقِ خمسةُ أشياءَ: الحلاوةُ، والحموضةُ، والمرارةُ، والملوحةُ، والعُذُوبة.

---

(١) قيل قضيته أن المسألة شهيرة بالوجهين وإنما هذا من كلام الإمام وتصرفه وقد سبق أن الصواب وجوب دية الكلام خاصة والإمام لم يجزم بأن الوجهين فيه وإن أشار إلى ذلك لكن الغزالي فهم من كلامه الوجهين وصرح بهما وتابعه الرافعي وليس ذلك بموجود في كلام الأصحاب. قاله في الخادم.

(٢) في ز: وفاتت.

(٣) تسويته بين الصورتين في الخلاف فيه نظر لأن الكلام صوت مخصوص ومتى زال الصوت زال الكلام فليس عدم الكلام تعطل حينئذ بل زوال ولا اعتبار بحركة اللسان لأن الكلام ليس فيه حقيقة وإنما هو متصرف في الصوت ويخرجه على صفة مخصوصة فلا ينبغي أن يجب إلا دية واحدة.

(٤) سقط في ز. (٥) سقط في ز.

والديةُ تتوزَّع عليها[1]، فإن أبطل إدراكَ واحدٍ منها، فعليه خُمُسُ الدية.

ولو انتقص الإحساسَ، فَلَمْ يدركِ الطعومَ على كمالِهَا، فالواجبُ الحكومة، ولو اختلفا في ذهاب الذوقِ، جرب بالأشياء المرَّة المقزَّة[2]، أو الحامضة الحادَّة، فإن ظهر منه تعبُّس وكراهةٌ، صدقنا الجاني بيمينه، وإلا فنصدقه باليمين، قال في «التتمة»: ولو ضربه ضربةً، أزال بها نطْقَه وذوْقَه، فعَلَيْه ديتَانِ، لأنهما منفعتان مقصودتان، فلا تتبع إحداهُما الأخرى؛ لأن محلهما مختلفٌ، فالنطق في اللسان، والذوقُ في طرف الحَلْقِ، والذي ذكر في «التهذيب»: أنه لو قطَع لسانَهُ، وذهب ذوقه، فعليه ديتان، والمرادُ منْه هذه الصورة، [والله أعلم].

قال الغَزَالِيُّ: **التَّامِنَةُ: المَضْغُ فَإِذَا صَلُبَ مَغْرَسُ لَحْيَيه فَعَلَيْهِ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَلَوْ جَنَىٰ عَلَىٰ سِنِّهِ فَتَعَذَّرَ المَضْغُ فَكَمَالُ الأَرْشِ، فَإِنِ اَسْوَدَّ وَأَمْكَنَ المَضْغُ فَحُكُومَةٌ لِإِزَالَةِ الجِمَالِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في إبطال المضغِ الديةُ، وقد يحتجُ له بأنَّ المنفعة العظْمَىٰ للأسنان المَضْغ، والأسنان مضمونةٌ بالديةِ، فكذلك منافعُها، كالبَصَر مع العين، والبَطْش مع اليد، وذكر في الكتاب لتفويتِ المَضْغ طريقين:

أحدهما: أن تصلب مغرس اللَّحْيَيْن؛ حتى تمتنع حركتهما مجيئاً وذهاباً.

والثاني: أن يجني على الأسنان، فيصيبها خَدَرٌ، وتبطل صلاحيتهما للمضْغ[3]، وحكم بوجوبِ الديةِ بالطريقين، والوجوب بالجناية على السِّنِّ شائعٌ في كلام الأصحابِ، وبتصليب مغرس اللَّحْيَينِ، ذكره الفُورَانِيُّ، وعلى ذلك جرى الإمام وصاحب الكتاب وغيرهما ـ رحمهم الله ـ واْعلم أنَّ تعذُّر المضغِ بالخَلَل الَّذي يصيب الأسنان؛ كتعذُّر البطْشِ لشَلَلِ اليدِ، والتعذُّر لتصليب المغرسِ شبه بتعذر المشي بكَسْر[4] الصلب، ويشبه أن يجيء في تكميلِ الديةِ في السِّنِّ المعطَّلة بتصليب المغرسِ الخلافُ المذكورُ في تكْميل الديةِ في الرِّجْلِ المعطَّلة بكسر الصُّلْبِ، ولو جنى على أسنانِهِ، فاسودَّتْ، ولم تبطل منفعةُ المضغ، فلا يجب إلا الحكومة، وقد مرَّ ذلك، ويجوز أن يُعْلَم؛ لما مر قوله في الكتاب: «فحكُومة» بالحاء والميم، [والله أعلم].

قال الغَزَالِيُّ: **التَّاسِعَةُ قُوَّةُ الإِمْنَاءِ وَالإِحْبَالِ فِيهَا كَمَالُ الدِّيَةِ، وَفِي قُوَّةِ الإِرْضَاعِ**

---

(١) قضيته أنه لا خلاف في الدية وإنما اختلفوا في مأخذه وبه صرح في المطلب فقال: لا خلاف في إكمال الدية وإنما اختلفوا هل نص عليه الشافعي أو هو مقيس بما نص عليه فقال القاضي أبو الطيب نص عليه وقال الماوردي: ليس للشافعي فيه نص والذي يقتضيه مذهبه إكمال الدية فيه. انتهى.

(٢) في ز: المقرة.

(٣) في ز: صلاحيتها المصغ.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

حُكُومَةٌ لِأَنَّهَا عَارِضَةٌ، وَإِبْطَالُ ٱلْٱلْتِذَاذِ بِالجِمَاعِ أَوْ بِالطَّعَامِ إِنْ أَمْكَنَ فِيهِ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَكَذَا لَوِ ٱرْتَتَقَ مَنفَذُ الطَّعَامِ بِجِنَايَةٍ عَلَىٰ عُنُقِهِ وَبَقِيَ مَعَهُ حَيَاةٌ مُسْتَقِرَّةٌ فَحَزَّ غَيْرِهِ رَقَبَتَهُ فَكَمَالُ الدِّيَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا جنى علَىٰ إنسان، فكَسِرَ صُلْبَهُ، وأبطل قوَّة إمنائِهِ، وجب عليه الديةُ؛ لأن الماء مقصودٌ للنَّسْل، ولو قطع أنثييه، فذهب ماؤه، لزمه دية الأُنْثَيَيْنِ، وديةٌ لذهاب الماء، وكذا لو أبطلِ مِنَ المرأة فوقَ الإحْبَالِ، وجب عليه ديتُها، ولو جنى على ثَدْيِها، فانقطع لبنُها، فعليه الحكومةُ، فإن انتقص، أخذت حكومة ما يليق به، وإن لم يكن لها لبنٌ عند الجنايةِ، ثم ولدت، ولم يدرَّ لها لبنٌ، وامتنع لذلك الإرضاع، وجبت الحكومة، إذا قال أهل البَصَر: إن الانقطاع بسببِ الجنايةِ، أو جوَّزوا أن يكون بسببها، وفُرِّق بين إبطال الإرضاع وإبطالِ الإمناءِ؛ حيث أوجب الدية؛ بأن استعدادَ الطبيعةِ للمَنِيِّ صفةٌ لازمةٌ للفُحُولِ، والإرضاع شيء يطرأ ويزول، هذا هو المشهور، وعن الإمام احتمالُ أنه يجبُ الدية بإبطال منفعةِ الإرضاع، ولو جنى على صُلْبه، فذهب جِمَاعُهُ، لزمه الدية؛ لأن المجامعة من أصول المَنَافع، وورد الأثر فيه عن أبي بَكْرٍ وعمر وعليٍّ[1] ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أجمعين[2] ـ.

ولو ادعَى المجنيُّ عليه ذَهَابَهُ، وأنكر الجاني، صُدِّق المجنيُّ عليه بيمينه، لأنه لا يُعْرَفُ إلاَّ منه، كما إذا قالت المرأة: حِضْتُ، إلا أن يقول أهلُ البَصَر: إنه لا يمكن أن يذْهَب الجماعُ من هذه الجناية.

واعلَمْ أنهم صوَّروا صورة ذهابِ الجماع بهذه فيما إذا لم ينقطع ماؤه، وبقي ذكره[3] سليماً، وذكروا أنه لو كسر صُلْبه، وأشلَّ ذكره، فعليه ديةُ الذَّكَر، وحكومةٌ لكسر الصلب، وإن كان الذكرُ سليماً، كان الشخص قادراً على الجماع حسّاً؛ فأشعر ذلك بأنهم أرادوا بذهَابِ الجماع بطلانَ الالتذاذِ به والرغبةِ فيه، وكذلك صوَّر الإمام وصاحبُ الكتاب في إبطال شَهْوةَ الجماعِ على أنَّ الإمام استبعد ذهابَ الشَّهْوة مع بقاء المنيِّ، ثم قال: «إنْ أمكنَ ذلكَ، فيجبَ أن يُقَالَ: إذا ذهب بالجنايةِ شَهْوته للطَّعام، تجب الدية بطريق الأَوْلَىٰ، إنْ صح تصورُه[4] وأُدْرِكَ تأثير الجناية فيه.

ولو جنَىٰ على عنقه، فلم يمكنه ابتلاعُ الطعامِ إلاَّ بمشقَّة لالتواء العُنُق، أو غيره، فعليه الحكومة، ولو لم ينفذ الطعامُ والشرابُ أصلاً، لارتتاق المنفذ، فلا يعيش المجنيُّ عليه، والحالة هذه، ولم تزد طائفةٌ من النَّقَلَةَ على أنه ساغ الطعامَ والشرابَ، فذاك،

---

(١) سقط في ز.
(٢) في ز: عنهما.
(٣) في ز: ذلك.
(٤) في ز: تصويره.

وعليه حكومةٌ، وإنْ مات فعلَيْهِ الديةُ، ونقل الإمامُ وتابعه صاحبُ الكتابِ؛ أن نفْسَ الجناية المفضيَةِ إلى الارتتاق توجب الديةَ، حتى لو حزَّ غيرُه رقبتَهُ، وفيه حياةٌ مستقرةٌ، تجب الدية على الأول، ولو مات بامتناع نفوذِ الطعامِ والشراب، قال الإمام: إن قلْنا: إنَّ من قطع يدَيْ إنسان أو رجلَيْه، ثم حَزَّ رقبته، لا يجب عليه إلا ديةٌ واحدةٌ، فكذلك ههنا، وإن قلنا هناك: يجب ديتانِ، ولا تداخل، فيجوز أن يقال ههنا: الموتُ بسبب الجوعِ والعطشِ، كسرايةِ الجراحاتِ؛ حتى لا يجبَ إلا ديةٌ واحدةٌ، ويجوز ألا يعدَّ من قبيل السرايات، بل يجعل كالحزِّ، فيجب بإبطال هذه المنفعة أو كسر الرقبة دية، وبإزهاق الرُّوح أخرَىٰ[1]، [والله أعلم].

قال الغَزَالِيُّ: **وَفِي الإِفْضَاءِ كَمَالُ الدِّيَةِ عَلَى الزَّوْجِ وَالزَّانِي جَمِيعاً وَهُوَ أَنْ يَتَّحِدَ مَسْلَكُ الجِمَاعِ وَالغَائِطِ، وَلاَ يَنْدَرِجُ تَحْتَهُ المَهْرُ، وَلاَ يَنْدَرِجُ أَرْشُ البَكَارَةِ تَحْتَ المَهْرِ، وَلَوْ أَزَالَ الزَّوْجُ بَكَارَةَ زَوْجَتِهِ بِأُصْبُعٍ فَفِي أَرْشِ البَكَارَةِ خِلاَفٌ، وَمَهْمَا كَانَتِ الزَّوْجَةُ لاَ تَحْتَمِلُ الوَطْءَ إِلاَّ بِالإِفْضَاءِ فَالوَطْءُ غَيْرُ مُسْتَحِقٍّ، فَإِنْ كَانَ سَبَبُهُ ضِيقَ المَنْفَذِ فَهُوَ كَالرَّتَقِ، وَإِنْ كَانَ كَبِيرَ الآلَةِ فَهُوَ كَالْجَبِّ فِي إِثْبَاتِ الخِيَارِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه ثلاث مسائل:

إحداها: نصَّ الشافعيُّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ علَىٰ أن في إفضاء المرأة ديتَهَا، وذلك لما فيه من فواتِ منْفعةِ الاستمتاعِ أو اختلالِه: وقد رُوِيَ عن زيدِ بنِ ثابتٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أنَّ في الإفضاءِ الديةَ.

واختلفوا في حقيقته، فقال قائلونَ: الإفضاء أن يرفع الحاجزُ بين مدخل الذَّكَر، وهو في أسفلِ الفرجِ، ومنه يخرُجُ الولد، وبين مخْرَجِ البول، وهو ثقبةٌ في أعلاه، وقال آخرون: هو رفع الحاجزِ بين مَسْلَك الجماعِ ومخْرَجِ[2] الدبر.

واحتجَّ للأول؛ بأنهم صوَّروا الإفضاءِ بالوطء، ومدخلُ الذكرِ ومخرجُ البولِ متقاربانِ، فقد يفضي الوطء إلى رفع الحاجز بينهما، والقبل والدبرُ متباعدان، وبينهما حاجزٌ قويٌّ من الأعضاء[3] الغليظة فلا يكاد يزولُ بالوطء، وبأنهم تكلَّموا في استمساك البَوْل واسترساله، إذا حصل الإفضاء عَلَى ما سيأتي، إن شاء الله تعالَىٰ، وذلك يشعرُ بانخراق ثقبة البولِ، إذا وجد الإفضاء، وبهذا قال الشيخ أبو حامد، وتابعوه، وهو الذي رجَّحه صاحبُ «التهذيب» وغيره.

---

(١) سقط في ز.
(٢) سقط في ز.
(٣) في أ: أعصاب.

وللوجه الثاني؛ بأن الدية لا تجبُ إلاَّ بتفويت المنفعة، وذلك برفع الحاجِزِ بين السبيلَيْن، فأما رفع الحاجزِ بين ثُقْبة البول ومدخلِ الذَّكَر، فإنه لا يفوِّت المَنفعة، وإنما يَنْقُصُهَا، ويحكَىٰ هذا الثاني عن ابْنِ أبي هريرة، والقاضي أبي الطَّيِّب، والشيخ أبي محمَّد، والشريف ناصر، وهو الذي أورده الرويانيُّ في «الحِلْيَة».

وصاحب «التهذيب» في الكتاب[1].

قال الشيخُ المتولِّي: والصحيحُ أن كلَّ واحد منهما إفضاءٌ موجبٌ للدية، لأن الاستمتاعَ يختلُّ بكلِّ واحدٍ منهما؛ ولأن كل واحد منهما يفوِّت إمساك الخارج من أحد[2] السبيلين وعلى هذا، فلو أزال الحاجزَيْن، فعلَيْه ديتان، والديةُ الواجبةُ بالإفضاء تختلفُ غلظاً وخفةً باختلاف حالِ الإفضاء، فقد يكون عمداً محضاً؛ بأن تكون المرأة ضعيفة[3] أو نحيفةً، والغالبُ إفضاء وطْئها إلى الإفضاء، وقد يكون عمداً خطأً؛ بألاَّ يتضمن وطؤهَا الإفضاءَ غالباً وقد[4] يكونُ خطأً محضاً؛ بأن يجد امرأة على فراشه، فيظنها امرأته التي عَهِدَها، فيطأها فيفضيها، وهذا إذا حصل الإفضاء بالوطء، ولا فرق في الدية بينه وبين أن يحصُلَ بأصبع أو خشبة، أو شيء محدَّد، وإذا أفضاها، وكان يسترسلُ بَوْلُها، ولا يستمسكُ، فعليه مع الديةِ حكومةٌ للشَّيْن الحاصلِ باسترسال البولِ، وفيه وجه أنه لا يجبُ إلاَّ الدية لأن زوال الحاجزِ يتضمَّن الاسترسال غالباً، فلا يفرد بحكومة، ولا فرق في وجوب الديةِ في الإفضاء الحاصلِ بالوطء بين أن يوجد من الزوجِ أو الواطىءِ بالشبهةِ أو الزاني، ويستقرُّ المهر على الزوج بالوطء المتضمِّن للإفضاء، ويجب به مهرُ المثلِ على الواطىء بالشبهة، وكذلك على الزانِي، إن كانت مكرهةً، وعليه الحدُّ، وقال أبو حنيفةَ: لا يجبُ على الزوج ضمانُ الإفضاء، ويجب على الواطىء بالشبهةِ المهْرُ، وثلثُ الدية، إنْ كان البولُ مستمسكاً، وإنْ كان مسترسلاً، وجبت الديةُ دون المهر، قال: ولا مهر على الزانِي المكْرِهِ؛ بناءً علَىٰ أن الحدَّ والمهر لا يجتمعانِ، وتجب الدية إنْ كان البول لا يستمسكُ، وإن كان يستمسكُ، فعليه ثلثُ الدية، وإن كانتْ مطاوعةً؛ قال: لا يجبُ على الزانِي ضمانُ الإفضاء لتولُّده من الوطء المأذون فيه، ووافق أحمدُ أبا حنيفة في جميع ذلك، واحتجَّ الأصحابُ بأن المهر وديةَ الإفضاءِ بَدَلاً منفعتين مختلفتَيْن، فلا يدخل أحدُهُما في الآخر، وقالوا: إنَّها وإن طاوعَتْ، فإنما رضيت بالوطء، لا بالإفضاء، وقوله في الكتاب: «على الزوج» معْلَم بالحاء والألف؛ لما تبيَّن، ويجوز أن يُعْلَم لفظ «الزَّانِي» بالعلامتين أيضاً؛ لأنهما لا يوجبانِ الضمانَ عليه، إن كانت المرأة مطاوعةً، وأيضاً فلو كانت مكرهةً، والبول

---

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: إحدى.

(٣) في ز: صغيرة.

(٤) في ز: فقد.

مستمسكٌ، فإنهما لا يوجبانِ عليه كمالَ الدية، وإنَّما يوجبان الثلث.

وقوله: «وهو أن يتحد مسلَكُ الجماعِ والغائطِ» معلَّمٌ بالواو.

وقوله: «ولا يندرجُ تحته المهر»، أي تحت كمال الدية.

المسألة الثانية: أن إزالة بكارةِ المرأةِ توجَدُ تارةً ممَّن لا يستحقُّ الافتضاض[١]، وأخرى من يستحقُّه، وهو الزوج.

القسم الأول: إذا كان مزيلُ البكارةِ ممن لا يستحقُّ الافتضاضَ، فينظرُ؛ إنْ أزالها بغير آلة الجماعِ: كالأصبعِ والخشبة، فعليه أرشُ البكارة، والمرادُ منه الحكومةُ المأخوذةُ من تقدير الرقِّ على ما بيَّنا في فصل الحكومات، وذكر في «التهذيب» وجهين في أن جنس الواجبِ يكون من الإبل، أو من نقد البَلَد، والأصحُّ الأول؛ علَىٰ ما هو قاعدةُ الجناية على الأحرَار، ولو أزالتْ بكْرٌ بكارة أخْرَىٰ، اقتص منها، وإن أزالها بآلة الجماعِ، فإن طاوعته المرأة، فلا أرش؛ كما لا مهر، وإن كانت مكرهةً، أو هناك شبهة نكاحٍ فاسدٍ أو غيره، فوجهان:

أظهرهما، وهو الذي أورده في الكتاب، وينسب إلى النصِّ: أنه يجب مهر مثلها ثيِّباً، وأرش البكارة[٢]، ولا يندرج أرشُ البكارة في المَهْر؛ لأن المهْر يجب للاستمتاعِ، واستيفاء منفعة البَضْع، والأرش يجب لإزالة تلك الجلدة، والجهتان[٣] مختلفتان، فيفرد موجبُ كلِّ واحدة عن موجب الأخرى.

والثاني: يجبُ مهر مثلها بكراً؛ لأن القصد من هذا الفعْلِ الاستمتاع، وإزالة تلك الجلدة يحصل في ضمْن الاستمتاع، وإذا أوجبنا مهْر مثلها بكراً، فقد وفَّيْنا حقَّ البكارة؛ لأن مهر مثل المرأة بكراً يزيد علَىٰ مهر مثلها ثيِّباً، وإذا قلنا يفرد بالأرش، فيعود الوجهان في أن جنسه الإبل أو النقد؟

القسم الثاني: إذا كان المزيلُ مستحقَّ الافتضاضِ[٤]، وهو الزوج، فإن أزالها بآلةِ الجماعِ، فقد استوفَىٰ حقه، وإن أزالها بغيرها، فوجهان:

أصحهما: لا شيءَ عليه، لأن المستوفَىٰ حقُّه، وإن اخطأ في طريق الاستيفاءِ.

---

(١) في ز: الاقتضاض.

(٢) عبارة المصنف تنسب إلى النص وهي أخف في الخروج عن العهدة، فإن ابن الصباغ والمتولي والروياني وغيرهم لما حكوا النص ورددوه بلفظ يجب المهر وأرش البكارة وهو محتمل لإرادة مهر بكر أو مهر ثيب فلا يجوز الجزم بأحدهما عن النص.

(٣) في ز: والختان. (٤) في ز: مستحق القصاص.

والثاني: أنه يلزمه الأرشُ؛ لعدوله عن الطريقِ المستحَقِّ له.

ومن افتضَّ، وألزمناه أرشَ البكارة، فلو أفضى المرأة مع الافتضاض، ففي دخول أرش البكارةِ في دية الإفضاء[١] وجْهان:

أحدهما: لا يدخل، كما لا يدخلُ المهر في الدية.

وأصحهما: الدخولُ[٢]؛ لأن الدية والأرشَ يجبانِ للإتلافِ، فيدخل أقلهما في أكثرهما، والمهر[٣] إنما يجبُ بسبب الاستمتاعِ، فلا يدخل في بدل الإتلافِ، كما لو تحامل على الموطوءة، حتى كسر رجلها لا يدخَل المَهْر في دية الرِّجْل.

الثالثة: إذا كانت الزوجةُ لا تحتملُ الوطء، إلا بالإفضاء، لم يجز للزوج وطؤُها، ولم يكن عليها[٤] [التمكين، ثم الذي أورده صاحبُ الكتاب ههنا، وفي «الوسيط» أنه إن كان سببه ضيقَ المنفذ؛ بحيث يخالف العادة، فللزوج خيارُ الفسخ، كالرَّتْق، وإن كان سببه كبر الآلَةَ؛ بحيث يخالف العادة، فلها الخيار؛ كما في الجَبِّ، والمشهور من كلام الأصحابِ، وقد تقدَّم ذكره في «كتاب الصداق»؛ أنه فسْخَ بمثل ذلك، بخلاف الرتْقِ والجَبِّ؛ فإنهما يمنعان الوطء على الإطلاق، والضيق والكبر لا يمنعانه على الإطلاق، وليسا من جملة العيوب ويشبه، أن يفصِّل، فيقال: إن كانت المرأة نحيفةً، لو وطئها الزوج، لأفضاها لكنها تحتمل وطء نحيفٍ مثلها، فلا فسخ، وإن كان ضِيقَ المَنْفَذِ، بحيث يفضي وطؤها من أي شخص فرض إلى الإفضاء، فهذا كالرَّتْق، وينزل ما قاله الأصحاب على الحالة الأولَىٰ، وما في الكتاب على الثانية، والله أعلم.

«فَرْعٌ»

إذا التأم الجُرْح بعد الإفضاء، سقطَتِ الديةُ، وعليه حكومةٌ، إن بقي أثر، كما لو عاد ضوء البصر بعد ما ظُنَّ زواله، وعن رواية الماسرجسيِّ وغيره وجه أنَّها تسقُطُ، كما إذا التحمت الجائفة.

آخر: لو أفضى الخنثى المُشْكِل، ففي «البيان»؛ أنَّا إن قلنا: إن الإفضاء رفَعَ الحاجز بين منفذ البول ومدخل الذكَر، لم تجبِ الديةُ؛ لأنه لا يعلمُ، هل هو فرج

---

(١) في أ: الافتضاض.

(٢) ما صححه نص عليه الشافعي في الأم في كتاب جراح العمد.

(٣) سقط في ز.

(٤) من قوله: التمكين، ثم الذي أورده صاحب الكتاب... إلى قوله: «ويسقط بدل الأطراف، ولو عاد فحزٌّ» سقط في أ.

أصليٌّ أم لا، وإن قلنا: إنه رفع الحاجز بين القُبُل والدبر، ففيه اختلافٌ، ولو أزيلت البكارةُ من فرج المشكِلِ، فيجب حكومة الجِراحةِ، من حيث هو جراحة، ولا تعتبر البكارةُ؛ لأنه لا يتحقَّق كونه فَرْجاً.

قال الغَزَالِيُّ: **الْعَاشِرَةُ فِي مَنْفَعَةِ المَشْيِ وَالبَطْشِ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَلَوْ ضَرَبَ صُلْبَهُ فَبَطَلَ مَشْيُهُ وَجَبَ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَفِي تَكْمِيلِ الدِّيَةِ فِي الرِّجْلِ المُعَطَّلَةِ بِخَلَلٍ فِي غَيْرِ الرِّجْلِ خِلَافٌ سَبَقَ، وَلَوْ ضَرَبَ صُلْبَهُ فَبَطَلَ مَشْيُهُ وَمِنيُّهُ فَفِي ٱلِانْدِرَاجِ خِلَافٌ إِذِ الصُّلْبُ كَأَنَّهُ مَحَلٌّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في البطْشِ الديةُ بكمالها، وكذلك في المشْي؛ لأنهما من المنافع الخطيرة، فإذا ضَرَبَ يديه، فشَلَّتا، فعليه الديةُ، وإذا ضرب على أصْبع، فشَلَّت، فعليه ديةُ الأصبعِ، ولو كسر صلبه، ففات مشيه، والرِّجْل سليمة، وجبت الديةُ، ويحتجُّ له بما رويَ عن النبيِّ ﷺ في كتاب عَمْرو بن حَزْم - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: «وفي الصُّلْبِ الدِّيَةُ» ولا تؤخذُ الديةُ؛ حتى تندمل، فإن انجبر، وعاد مشيه، كما كان، فلا دية، وعليه الحكومة، إن بقي له أثرٌ، وكذا لو انتقصَ مشيه، بأن كان يحتاجُ إِلَىٰ عصاً، أو يمشي مُحْدَوْدِباً[1]، ولو كسر صُلْبُه، وشَلَّت رِجْله، قال في «التتمة»: يلزمه الدية؛ لفوات منفعة المشي، وحكومةٌ؛ لكسرِ الظهر، ويخالف ما إذا كانت الرجلُ سليمةً؛ حيث لا يجبُ مع الدية حكومةٌ؛ لأن المشيَ منفعةٌ في الرجل، وإذا شَلَّت الرجل، ففواتها لشلَلِ الرجلِ، فأفرد كسر الصلب بالحكومة، وإذا كانت سليمةً، ففوات المشي لخللِ الصُّلْب، ولا يفرد بحكومة، ويوافق هذا ما ذكره ابن الصَّبَّاغ؛[2] أنه لو كسر صلبه، فشَلَّ ذكره، يجبُ حكومة للكَسْر، وديةٌ لشللِ الذكر، وفي هذا تصريحٌ بأن مجرَّد الكسر لا يوجب الديةَ، وإنما يجب الدية، إذا فات به المشْيُ، أو الماءُ، أو الجماعُ على ما سبقَ، وإذا ادَّعَىٰ المجني عليه ذَهَابَ المشي، وكذبه الجاني، امتحن؛ بأن يقصد بالسيف في غفلة منه، فإن تحرَّك، ومشى، ظهر كذبه، وإلا حَلَفَ وأخذ الدية، ولو ذهب بكسر الصُّلْب مشيه ومَنِيُّهُ[3]، أو مشيه وجِمَاعُه، ففيه وجهان:

---

(١) في ز: محدوباً.

(٢) ما أيد به كلام المتولي بكلام ابن الصباغ في شلل الذكر عجيب، فإن ابن الصباغ جزم بما نقله عن المتولي وقال: إنما وجبت الحكومة لأن الدية وجبت لذهاب منفعة غير خالية في الطهر فلا يدخل فيها أرش الكسر أي ولم تجب الدية في نفس الصلب لأنه مجرد عن إفساد منفعة فيه. ولو فقد ذلك لم يجب إلا الحكومة فكذا إذا ذهبت منفعة من غيره، وأوجبنا ديتها، وعلى ذلك جرى البندنيجي في تعليقه وسليم في المجرد.

(٣) في ز: منه.

أصحهما: أنه يلزمه ديتَانِ؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما مضمونٌ بالدية عند الانفراد، فكذلك عند الاجتماع.

والثاني: لا يجبُ إلا ديةٌ واحدةٌ؛ لأن الصُّلْب محلُّ المني، ومنه يبتدىء المنيُّ، واتحاد المحل يقتضي اتحادَ الدية، ومن قال بالأول، قال: المشْيُ في الرِّجْل لا في الصُّلْب، ومنع كون الماء مستقرّاً في الصُّلْب، وقال: ليس له محلٌّ مخصوصٌ، إذا أخذ منها البَدَن، وإنما يتولَّد من الأغذية الصحيحة، إذا أخذ منها البدن.

وقوله في الكتاب: «في منفعةِ البطشِ والمَشْيِ كمالُ الدية» أي: في كلِّ واحد منهما.

وقوله: «وفي تكميلِ الديةِ في الرِّجل المعطَّلة بخَلَلٍ في غير الرِّجْل خِلافٌ سبق»، وقد بيَّناه من قبلُ، ولا حاجة إِلَىٰ إعادته في هذا الموضع.

قال الغَزَالِيُّ: **هَذَا حُكْمُ الأَطْرَافِ فَيُتَصَوَّرُ أَنْ يَجِبَ فِي شَخْصٍ وَاحِدٍ قَرِيبٍ مِنْ عِشرِينَ دِيَةً جَمْعاً، فَلَوْ مَاتَ بِالسِّرَايَةِ تَدَاخَلَ، فَلَوْ حَزَّ الجَانِي رَقَبَتَهُ تَدَاخَلَ أَيْضاً، وَعَلَى القَوْلِ المُخَرَّجِ لاَ يَتَدَاخَلُ، وَلَوْ كَانَ القَطْعُ خَطَأً وَالحَزُّ عَمْداً أَوْ بِالعَكْسِ فَفِي التَّدَاخُلِ قَوْلاَنِ لِأَنَّ تَغَايُرَ الحُكْمِ يُضَاهِي تَغَايُرَ الجَانِي، وَعَلَى التَّدَاخُلِ لَوْ قَطَعَ يَدَهُ خَطَأً وَقَتَلَ عَمْداً فَالوَاجِبُ دِيَةٌ نِصْفُهَا مُغَلَّظَةٌ عَلَى الجَانِي وَنِصْفُهَا مُخَفَّفَةٌ عَلَى العَاقِلَةِ، وَقِيلَ: يَجِبُ الكُلُّ مُغَلَّظَةً إِذِ الحَزُّ أَبْطَلَ مَا سَبَقَ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لمَّا فرغ من الكلام فيما يقابَلُ بالدية فيما دُونَ النفْسِ من الأَجْرَام واللطائف، بَيَّنَ أنه يجوز أن يجتمعَ على الشخص الواحد كثيرٌ من أسباب الدية؛ بأن بيان منه أجرامٌ، وتزال منافعُ، ولا تسري إلى النفس، بل تندملُ، ثم بين الحكم، إذا سَرَتْ إلى النفس، أو قتله الجاني قبل الاندمال، أما الدياتُ المجتمعةُ، فقد ذكر أنه يتصوَّر في شخص واحد قريبٌ من عشرين ديةً جميعاً، وإذا تأمَّلت ما سبق، وجدْتَها أكثرَ من ذلك، وهي هذه الأذنانِ، أو إبطالُ حسِّهما، وَالعينان، أو البَصَر، والأجفان، والمَارِن، والشَّفَتَان، واللِّسان، أو النُّطق، والأَسْنَان، واللَّحْيَان، واليدان، والرجلان[1]، والذَّكَر، أو الأُنْثَيان، والحَلَمَتَان، والشُّفران، والأَلْيَان، والعَقْل، والسَّمْع، والشَّمّ، والصَّوْت، والذَّوْق، والمَضْغ، والإمناء، والإحْبَال، وإبطالُ لذَّة الطَّعام، أو لذَّةِ الجمَاع، والإفضاءُ في المرأة، والبَطْش، والمَشْيُ، وقد يضافُ إليها موجباتُ الحكومَاتِ، والمواضحِ، وسائرِ الشَّجَّات، والجوائفِ، ويجتمع مالٌ كثيرٌ لا ينحصِرُ.

---

(١) سقط في ز.

وأما إذا سَرَت الجراحاتُ، وقَطْع الأطراف، ومات فيها، فقد صارَتْ نَفساً، فالواجبُ ديةُ النَّفس، ويسقطُ بدلُ الأطراف، ولو عاد، فحزَّ رقبته، أو قدَّه نصفَيْن، نُظِر؛ إن كان ذلك بعد الاندمالِ، فله ديةُ الأطراف، وديةُ النفسِ؛ لاستقرارِ دياتِ الأطرافِ بالاندمال، وإنْ كانَ قبل الاندمال، فقولان: [أحدهما، وهو][1] ظاهرُ المذهبِ، وهو المنسوبُ إلى النصِّ: أنه لا يجبُ إلاَّ دية النفس؛ لأنها وجبتْ قبل استقرار بدلِ الأطرافِ، فيدخل فيها بدلُ الأطراف، كما لو سَرَتْ، وأيضاً فإن السراية، إذا لم تنقطعْ بالاندمال، كانت الجناياتُ كلُّها قتلاً واحداً.

والثاني، خرجه ابنُ سُرَيْج، وبه قال الإِصطخريُّ، واختاره الإمام: أنه يجب دياتُ الأَطرافِ مع دية النَّفْس، ولا تداخل؛ كما لو حَزَّ بعْد الاندمالِ، وكما لو كان الجالي[2] غيره، وهذا إذا اتفقتِ الجنايةُ على الأطراف، والجناية على النفْسِ في العمدية، أو الخَطَئِيَّةِ[3].

أما إذا كانت إحداهما عمْداً، والأخرى خَطَأً، وقلْنا؛ بالتداخل عند اتفاقِ الصفَةِ، فوجهان، ويقال: قولان:

أحدهما: أن الحكْمَ كما لو كانا عمدَيْن، أو خطأَيْنِ.

وأشبههما: المنع؛ لأن التداخل يليقُ بحالة الاتفاقِ دون الاختلافِ، ولأن المستحقَّ عليه يختلفُ عند اختلاف الصفةِ، فلو قطع يد رجلٍ خطأً، ثم حز رقبته قبل الاندمال عمداً، فللولي قتله قصاصاً، وليس له قطع يده، فإن قتله قصاصاً، فإن قلنا: بالتداخُلِ، وجعلْنا الحكم للنفسِ، فلا شيء له من الدية، وإنْ قلنا، بعدمِ التداخلِ، فيأخذ نصفَ الدية من العاقلة لليد، وإن عفا عن القصاص، فإن قلنا بالتداخلِ، فوجهان:

أحدهما: أنه يجبُ ديةٌ نصفُها مخفَّفةٌ على العاقلة، وصفُها مغلَّظة على الجاني، ويراعى الصفتان، وينسبُ هذا إلى النصِّ.

وأظهرهما، وهو الذي أورده في «التهذيب»: أنه يجب دية مغلَّظة على الجاني؛ لأنا إذا قلنا بالتداخل، فمعناه إسقاطُ بدل الطرف، والاقتصارُ على بدل النفس لصيرورةِ الجنايةِ نفساً، ولو لم يسبق قطْعُ اليد، لكان يلزمه دية مغلَّظة، فكذلك ههنا، وإن قلنا لا تداخل، فيجب نصف دية مخفَّفة على العاقلة لليد، وديةٌ مغلَّظة عليه للنفس.

وإن قطع يديه عمداً، ثم حز رقبته قبل الاندمال خطأً، فللوليِّ قطع يده، وإذا[4]

---

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: الحاز.

(٣) في ز: الخطاية.

(٤) في ز: وإن.

قطعها، فإن قلنا بالتداخل، فله نصفُ الدية المخفَّفة؛ لأنه أخذ بالقطع نصف بدلِ النفسِ، وإن قلنا: لا تداخل، فيأخذ كمال الدية المخفَّفة، وإنْ عفا عن قطع اليدِ، وإن قلنا بالتداخلِ، فعلى الوجهين على المنسوبِ إلى النصِّ؛ يجب نصف دية مخفَّفة، ونصف دية مغلَّظة لليد، وعلى الآخر ديةٌ مخفَّفة للنفسِ، قال الإمام: ولو قطع يديه، أو يديه ورجلَيْه، أو أصبعاً من أصابعه عمْداً، ثم قبل الاندمال حزَّ رقبته خطأً أو بالعَكْس، وقلنا: يراعى صفة الجنايَتَيْنِ على القول بالتداخل فينَصَّف تغليظاً وتخفيفاً، ولا ينظر إلَىٰ أقدار أُرُوش الأطرافِ؛ لتوزَّع الدية عليها تغليظاً وتخفيفاً؛ لأن الحكم بالتداخل مبنيٌّ على أن الحزَّ بعد قطع الأطراف كسراية تلْك الأطراف؛ فكان الحَزُّ مع الجنايات السابقة، كجراحاتٍ مؤثِّرة في الزهُوقِ، انقَسَمت عمداً وخطأً، فحينئذٍ فتُنَصَّفُ الدية تغليظاً وتخفيفاً، ولا نَظَر إلى أقدار الأُرُوش، والله أعلم.

قال الغَزَالِيُّ: **وَجَرَاحُ العَبْدِ مِنْ قِيمَتِهِ كَجَرَاحِ الحُرِّ مِنْ دِيَتِهِ عَلَى النَّصِّ، وَفِيهِ قَوْلٌ مُخَرَّجٌ أَنَّ الوَاجِبَ بِقَدْرِ النُّقْصَانِ، فَلَوْ قَطَعَ ذَكَرَ العَبْدِ وَجَبَ كَمَالُ قِيمَتِهِ عَلَى النَّصِّ، وَعَلَى التَّخْرِيجِ لَمْ يَجِبْ شَيْءٌ إِذَا لَمْ يَنْقِصَ القِيمَةُ كَالبَهِيمَةِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مقصود الفصل الكلامُ في الجناية على الرقيق، وقد مرَّ أن الواجب بقتل الرقيقِ قيمتُهُ بالغةً ما بلغَتْ يستوي في ذلك القِنُّ، والمدَبَّر، والمكاتَبُ، وأمُّ الولد، وأما الجناية عليه فيما دون النفسِ، فينظر؛ إن كانت الجنايةُ مما توجِبُ مقداراً في الحُرِّ؛ كالشَّجَّات، وقطع الأطراف، ففيه قولان:

أصحهما: أن الواجبَ فيها جزءٌ من القيمة، نسبته إليها نسبةُ الواجب في الحُرِّ إلى الدية؛ لما رُوِيَ عن عمر وعليٍّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ـ؛ أنَّ جراحَ العبدِ من ثَمَنِهِ كجراح الحُرِّ من ديته[1]، والمرادُ من الثمن القيمةُ، وعن سعيد بْنِ المُسَيَّب ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ؛ أن جراحَ العبدِ من قيمته، كجراح الحرِّ من ديته، ولأن العبد شخصٌ مضمونٌ بالقصاصِ، فيتقدَّر بدل أطرافه؛ كالحرِّ، وبهذا قال أبو حنيفةَ في رواية، ويروى عنه أن ما فيه منفعةٌ مقصودةٌ[2] يضمَّن بالمقدَّر من قيمته، وما ليْسَ فيه منفعة

(١) قال الحافظ في التلخيص: أما الأثر عن عمر وعليّ فروى البيهقي عنهما أنهما قالا: في الحر يقتل العبد ثمنه بالغاً ما بلغ، وروى عبد الرزاق عن ابن جريج عن عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز: أن عمر جعل في العبد ثمنه كجعل الحر في ديته، فيه انقطاع إلا أن أراد عمر بن عبد العزيز، وروى ابن أبي شيبة عن حفص عن حجاج عن حصين الحارثي عن الشعبي عن الحارث عن عليّ قال: ما جنى العبد ففي رقبته، ويخير مولاه إن شاء فداه، وإن شاء دفعه.

(٢) أخرجه الشافعي بإسناد صحيح إلى الزهري عنه، وفي رواية قال الزهري وكان رجال سواه يقولون: تقوم سلْعَة.

مقصودةٌ[١]؛ كالأذنَيْن، والحاجبَيْن، واللِّحية، ففيه من العبد ما نقَصَ من قيمته، وهذا على أصْله في تقدير بعْض الشعورُ من الحرِّ.

والثاني، ويحكَىٰ عن المُزَنِيِّ، وابنِ سُرَيْج: أن الواجب قدْرُ ما نقص من القيمة؛ لأنه مملوك؛ كالبهيمة، وقال مالك: الواجبُ قدْرُ النقصان إلاَّ في الموضِّحة، والمنقِّلة، والمأمُومَة، والجائفة، ففيها المقدَّر، ومن الأصحاب من قطع بالقول الأول[٢]؛ ولم يثبت الثاني، والمشهور إثباتُهما، ثم منهم من يقول: الأوَّلُ هو المنصوصُ، والثاني خرَّجه ابنُ سُرَيْج من أحد القولَيْن في أن بدَلَ العبد يتحملُه[٣] العاقلة، فإنه ألحقه بالبهيمة علَىٰ هذا القول، وقال قائلون: الأول الجديد، والثاني القديم، وهما جميعاً منصوصان.

وإن كانت الجنايةُ لا توجِبُ مقداراً في حق الحر، فالواجبُ فيها في العبد ما ينقصُ من القيمة بلا خلاف.

إذا تقرَّر ذلك، فعلى الأصحِّ في إحدى يدَيِ العبد نصْفُ قيمَتِهِ، وفي يدَيْه قيمته[٤]، وفي الأصبعِ الواحدةِ عُشْرُهَا وفي الأنمُلَةِ الواحدَةِ ثلُثُ عُشْرِها، وفي الموضِّحة نصفُ عُشْرِها، وعلى هذا القياس.

ولو قطع قاطعٌ ذكَرَهُ، وأنثييه، فعليه قيمتان؛ كما يجب فيها من الحرِّ ديتان، وعلى القول الآخَرِ، الواجبُ فيهما جميعاً قدْرُ النقصان، وإذا لم تنقصِ القيمةُ بقَطْع الذَّكَر والأُنْثَيَيْن، أو زادت، فوجهان:

أظهرهما، وبه قال أبو حنيفة، وهو المذكور في الكتاب: أنه لا يجبُ شيء.

والثاني: تجبُ حكومةٌ يقدِّرها الحاكم بالاجتهاد، أو يعتبر بما قبل الاندمال، وجعل هذا الخلاف كالخلافِ فيما إذا اندملَتِ الجراحة، ولم يبق شَيْن، ولا أثر[٥]، ومنهم من قطع بالوجه الأول، وإذا قطع يد عبد، قيمته ألفٌ، فعادت قيمته إلى مائتَيْن، فعلى الأصحِّ لا يجب إلا خمسُمائةٍ، وعلى الآخر ثَمانمائة، ولو عادت إلى[٦] ثمانمائة،

---

(١) سقط في ز.
(٢) في أ: الأول.
(٣) في ز: يتحملها.
(٤) قال في القوت: لو قطع الغاصب ونحوه يده مثلاً ونقص ذلك ثلثي القيمة فقد قالوا في كتاب الغصب أنه يلزمه أكثر الأمرين من نصف القيمة والأرش وقدمناه هناك وبينا أن الزائد على الأرش بسبب اليد العادية وهو واضح وقد يعتد عنه.
(٥) قضية هذا التشبيه ترجيح إقامة الحكومة هنا فإنه الراجح فيما إذا لم يبق شين لكنه رجح خلافه فيحتاج للفرق مكانه لأن الاعتبار هنا بالقيمة وهي غير ناقصة وهناك الحكومة ليست للقيمة.
(٦) سقط في ز.

فعلى الأصحِّ يجب خَمْسُمَائَة، وعلى الآخر لا يجب إلا مائتان.

ولو جنَىٰ على العبد اثنانِ؛ بأن قطع أحدهما إحدَىٰ يديه، والآخر اليدَ الأخْرَىٰ، نُظِرَ، إن وقعت الجنايتان معاً، فعليهما قيمته، وإن تعاقبتا، وكانت القيمةُ عند القطع الثاني ناقصةً؛ بسبب القطع الأول، فإن مات منهما، ففي الواجب عليهما اختلافُ أوجه مذكورة في كتاب الصيد والذبائح، وإن وقف القطعان، نُظِرَ؛ إن وقع القطع الثاني بعد اندمال الأول، فعلَىٰ كلِّ واحد منهما نُصفُ[1] قيمته قبل جنايته، فإن كانت[2] قيمته ألفاً، فعادت بالقطع الأول إلى ثمانمائة، وبالثاني إلى ستمائة، فعلى الأول خمسمائة، وعلى الثاني أربعمائة، وإن قطع[3] الثاني قبل اندمال الأول، فقد نقل صاحب «التهذيب» وغيره؛ أن على الثاني نصْفَ ما أوجبنا على الأول، وهو مائتان وخمْسُون؛ لأن الجناية الأولَىٰ ما استقرت بعدُ حتى يضبط النقصان، وقد أوجبنا فيها نصْفَ القيمة، فكأنه انتقص نصْف القيمة، والحكم فيما إذا قطعَ الواحِدُ يديَ العبدِ، ولم يَسْرِ، كالحكم[4] فيما لو قطع اثنان، وهذا كلُّه على القول الأصحِّ، وعلى القول الآخر يجبُ على كل قاطعٍ ما ينقص بجنايته، وإذا قطعت أطرافُ العبد، ثم حَزَّ حَازٌّ رقبته، فالواجب عليه قيمة العَبد، فقيد الأطراف ويفارق الحرَّ حيث لا يؤثر فقْدَانُ الأطراف في بدله، لأن الرجوعَ في بدل العبد إلى الأسواقِ، وقولِ المقوِّمين، وبدل الحرِّ مقدَّر بالشرع لا يختلف، وفقد بعض أطراف العبد يؤثِّر في بدل سائرِ أطرافِهِ، لتأثيره في نقصان بدل النفْس، والحرُّ بخلافه.

وقوله في الكتاب: «كجراحِ الحُرِّ من ديته» مغلَم بالميم.

وقوله: «الواجبُ بِقَدْرِ النقصان» بالحاء.

وقوله: «وفيه قولٌ مخرَّج» بالواو.

وكذا قوله: «لم يجبْ شيء»، ويجوز أن يُعْلَم الحكمُ في القولَيْن جميعاً بالألف، لأن عن أحمد روايتين كالقولين، والله أعلم.

قال الغَزَالِيُّ: **القِسْمُ الثَّانِي مِنَ الكِتَابِ فِي المُوجِبِ، وَالنَّظَرُ فِي أَرْبَعَةِ أَطْرَافٍ، الطَّرَفُ الأَوَّلُ: السَّبَبُ وَهُوَ كُلُّ مَا يَحْصُلُ الهَلاَكُ عِنْدَهُ بِعِلَّةٍ سَوَاهُ وَلَكِنْ لَوْلاَهُ لَمَا أَثَّرَتِ العِلَّةُ كَالحَفْرِ مَعَ التَّرْدِيَةِ، فَأَمَّا مَا يَحْصُلُ الهَلاَكُ لَوْلاَهُ كَمَا لَوْ مَاتَ عِنْدَ صَعْقَةٍ خَفِيفَةٍ فَهَذَا لاَ يَجِبُ بِهِ الضَّمَانُ، وَلَوْ صَاحَ عَلَىٰ صَغِيرٍ فَأَرْتَعَدَ وَسَقَطَ مِنْ سَطْحٍ ضَمِنَ، وَفِي**

---

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: كان.

(٣) في ز: وقع.

(٤) سقط في ز.

القِصَاصِ قَوْلاَنِ، وَلَوْ كَانَ بَالِغاً فَثَلاَثَةُ أَوْجُهٍ يُفَرَّقُ فِي الثَّالِثِ بَيْنَ أَنْ يُغَافِصَهُ مِنْ وَرَائِهِ أَوْ مِنْ وَجْهِهِ، وَلَوْ صَاحَ عَلَىٰ صَبِيٍّ عَلَى الأَرْضِ فَمَاتَ أَوْ عَلَىٰ بَالِغٍ فَزَالَ عَقْلُهُ فَوَجْهَانِ، وَلَوْ خَوَّفَ حَامِلاً فَأَجْهَضَتْ جَنِيناً وَجَبَتِ الغُرَّةِ لِأَنَّهُ سَبَبٌ ظَاهِرٌ، وَالضَّابِطُ أَنَّ مَا يَظْهَرُ كَوْنُهُ سَبَباً وَلَكِنِ ٱحْتَمَلَ حُصُولُ الهَلاَكِ بِغَيْرِهِ فَهُوَ كَشِبْهِ العَمْدِ إِذَا قَصَدَ، وَمَا يُشَكُّ فِي كَوْنِهِ سَبَباً ٱحْتَمَلَ أَنْ يُقَالَ: الأَصْلُ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ أَوِ الأَصْلُ الحِوَالَةُ عَلَى السَّبَبِ الظَّاهِرِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: غرض القسم بيانُ أن الواجب في إهلاكِ النفسِ وما دون النفس، كما يجب بمباشرةِ الإِهْلاَك يجبُ بالتسبُّب إليه، وقد مرَّ أن مراتب الشيءِ الَّذي له أثَرٌ في الهلاك ثلاثٌ، وهي: العلَّة، والسبَب، والشرط، وذكرنا في الغصْب وغيره؛ أن صاحب الكتاب لم يجر في الحَفْر على طريقة واحدةٍ، بل سمَّاه تارةً سبباً، وأخرى شرطاً، والتقسيم الذي ينطبقُ عليه المسائلُ ههنا أن يقالَ: ما يحصل الهلاكُ عنده أو عَقِيبه؛ إما أن يكونَ هو المؤثِّر في الهلاك، أو لا يكون، إنْ كان، فهو علَّة الهلاك، ويتعلَّق به الديةُ لا محالة، وإن لم يكن، هو المؤثر، فإما أن يتوقَّف تأثير المؤثِّر في الهلاك عليه أو لا يتوقَّف، إن توقَّف؛ كالحفْر مع التردِّي، فيتعلق به الدية أيضاً على ما سيأتي، إن شاء الله تعالَىٰ، وإن لم يتوقَّف، لم يتعلَّق به الدية، والموت عنده اتفاقيٌّ، ثم في الفصل صورٌ:

إحداها: لو صَفَعَهُ صَفْعةً خفيفة، فمات، فلا ضمان؛ للعلمْ بأنه لا أثر لَهَا في الهلاك، وبأنه وافق قَدَراً، كما لو كلَّمه أو صافَحه، فمات، وفي بعض النسخ «صعقة» وهو صحيحٌ أيضاً.

الثانيةُ: إذا صاح على صبيٍّ غير مميِّز على طرف سطْح أو بئر، أو نَهْر، فارتعد، وسقط منه، ومات، وجب ضمانه؛ لأنَّ الصبيَّ الضعيفَ كثيراً ما يتأثر، ويضْطرب بالصيحة الشديدة، وهلْ عليه القصاصُ؟ فيه وجهان، ويقال قولان:

أصحُّهما: المنعُ، ومن يوجبه كأنه يدعي أن التأثُّر بها غالبٌ، ورتَّب الخلاف على الخلافِ فيما إذا حفر بئراً في الدِّهليز، ودعا غيره عليه، وجعلت هذه الصور أولَىٰ بوجوب القصاص[1]؛ لأن تأثير الصيحة في الارتعادِ والاضطرابِ أشدُّ من تأثير الدعوة في التخطِّي والتردِّي، ولو كان الصبيُّ على وجه الأرض، ومات من الصيحة، ففيه وجهان، حكى الإمام عن بعْضِهم؛ أنه أجراه مجرى الارتعادِ، والسقُوطِ من حَرْف الجدار، والأظهرُ خلافه؛ لأن الموتَ على استواء الأرض بمجرَّد الصيحة في غاية البعد، وتأثيرها في الارتعادِ والسقوطِ قريبٌ، ولو صاحَ على بالغٍ على طرف سطحٍ

---

(١) في ز: الضمان.

ونحوه، فسقط، ومات، فلا قصاص، وفي الضمان أوجه:

أحدها: أن الحكْمَ كما في الصِّغَر.

وأصحُّها: المنع؛ لأن الغالب من حال البالغ العاقلِ التماسُكُ وعدمُ التَّأَثُّر[1] بالصياحِ، والسقوطُ والموتُ يحملان[2] على موافقة القَدَر.

وثالثُها: عن ابن أبي هُرَيْرة؛ أنه إن غافصه من ورائه، وجب الضمان؛ لأنه يتأثر به لغفلَتِه، وإن صاح به مِنْ وجهه، فلا، ولو صاح على الصَّغير، فزال عقله، وجب الضمان، وإن كان بالغاً، فعلى الوجوهِ الثلاثة، والمجنونُ والمعتوهُ والذي يعتريه الوساوسُ والنَّائم، والمرأة الضعيفة، كالصبيِّ الذي لا يميز[3]، والمراهقُ المتيقِّظُ كالبالغ، وشهْرُ السلاحِ والتهديدُ الشديدُ كالصياح، ولو صاح على صيدٍ، فاضطرب به الصبيُّ على طرف السطح، وسقط، وجب الضمان أيضاً، لكن الدية، والحالة هذه، تكونُ مخفَّفة على العاقلة، وفيما إذا قصد الصبيَّ نفسه تكون مغلَّظة على العاقلة، وقياس من يقول بوجوبِ القصاصِ؛ أن تجب مغلَّظة على الجاني، وعن صاحب «التلخيص» أن الصائح على الصيد، إن كان محرماً أو في الحرم تعلَّق بصيحته الضمانُ لتعديه، وإلا فلا ضمان، وقد ذكر علَىٰ قياسه؛ أنه لو صاح بصبيٍّ في ملكه، لم يجب الضمان تشبيهاً بما لو حفر بئراً في ملكه، فتردَّى فيها غيره، والظاهر أنه لا فرق كما لو رمَىٰ من ملكه إلى إنسان، فأهْلَكَهُ.

الثالثة: إذا بعث الإمامُ إلى امرأة ذكرت عنده بسوء، وأمر بإحضارها، فأجهضَتْ جنينَهَا فَزَعاً، وجب ضمان الجنين؛ خلافاً لأبي حنيفة.

لنا: ما رُوِيَ أن عُمَرَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أرسل إلى امرأةٍ، ذُكِرَتْ عنده، فأجهضَتْ ما في بطْنِها، فقال عمر للصَّحابة ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ـ ما تَرَوْنَ، فقال عبْدُ الرحمنِ بْنُ عوفٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ: «إنَّما أَنْتَ مُؤَدِّبٌ لاَ شَيْءَ عَلَيْكَ، فَقَالَ لِعَلِيٍّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ: مَاذَا تَقُولُ»، فقالَ: إنْ لَمْ يجتهدْ، فَقَدْ غَشَّكَ، وإنِ اجْتَهَدَ، فَقَدْ أَخْطَأَ، أَرَىٰ عليْكَ الدِّيَةَ، فقال عمر ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ: أقسمْتُ عليْكَ لتفرقَنَّها في قومِك[4]. قيل: أراد به قومَهُ، لكن

---

(١) في ز: التأثير.

(٢) في ز: يحتملان.

(٣) قال في الخادم: قضيته جريان الخلاف السابق لكن المجزوم به في الشامل وتعليق القاضي الحسين والتتمة وغيرهم في البالغ المجنون عدم الضمان وكلام ابن الرفعة يقتضي تفرد ابن الرفعة بحكاية الخلاف فيه.

(٤) قال الحافظ في التلخيص: رواه البيهقي من حديث سلام عن الحسن البصري قال: أرسل عمر إلى امرأة مغيبة كان يدخل عليها، فأنكر ذلك، فقيل لها: أجيبي عمر قالت: ويلها ما لها ولعمر، فبينما هي الطريق ضربها الطلق فدخلت داراً فألقت ولدها، فصاح صيحتين ومات، فاستشار عمر =

أضافهم[١] إلى عليٍّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ إكراماً وإظهاراً للاتحاد.

ولو أتاها رجلٌ، وأمرها على لسانِ الإمامِ بأنْ تحضُرَ، فأجهضت جنينها، وجب الضمان على عاقلة الرجل، ولو هدَّد غير الإمامَ حاملاً، وأجهضت فَزَعاً، فليكنِ الحكمُ كما في الإمام، وهذا كما أن إكراه غير الإمام كإكراهه.

ولو ماتت الحاملُ المبعوثُ إليها، أو بعث الإمام إلى رجل ذُكِرَ بسوء[٢]، وهدده، فمات، فلا ضمان لأن هذا السببُ لا يُفْضِي إلى الموت بخلافِ الإجهاض، هذا هو المشهورُ، وفي «النهاية»؛ أنه يجب الضمان وأن ذلك من الأسباب المؤدية إلى الهلاك، [والله أعلم].

ولو فزَّع إنساناً، فأحدث في ثوبه، فلا ضمان[٣]؛ لأنه لم ينتقص[٤] جمالٌ، ولا منفعةٌ، وليُعْلَم من لفظ الكتاب قوله: «وَجَبَتِ الغُرَّة» بالحاء؛ لما ذكرنا.

وكذا قوله: «من سَطْحٍ، ضمن»؛ لأن الحكاية عن أبي حنيفة؛ أنه لا ضمان فيما إذا مات بالصياح.

وقوله: «والضابط. . .» إلى آخره، قصد به ضبط[٥] مواضع الوفاق والخلاف في الصُّورة المذكورةِ وغيرها، والمقصودُ أنه إن كان السبب مما يفضي إلى الهلاك غالباً، فهو موجب للقصاص، وإن كان قد يفضي إليه، والغالب خلافه، لكن غلب على

= الصحابة، فأشار عليه بعضهم أن ليس عليك شيء، إنما أنت وال ومؤدب، فقال عمر: ما تقول يا عليّ؟ فقال: إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطؤوا، وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك، أرى أن ديته عليك، لأنك أنت أفزعتها، فألقت ولدها من سببك، فأمر علياً أن يقيم عقله على قريش، وهذا منقطع بين الحسن وعمر، ورواه عبد الرزاق عن معمر عن مطر الوراق عن الحسن به، وقال: إنه طلبها في أمر، فذكر نحوه، وذكره الشافعي بلاغاً عن عمر مختصراً.

(١) في ز: إضافة.

(٢) ذكر السوء ليس بقيد من الضمان. قال الأذرعي: يؤخذ ذلك من النص في الأم وساق لفظ النص قيل قال: ولا شك أن بعثه لإحضارها لما يخاف منه أو تهديده لها أو لولدها أو زوجها وكل من ترغبها تهديده ممن عندها في معنى ذكرنا بالسوء عنده ولا سيما الأمير الجائر. وقال الشيخ: فليكن كالإمام إلى آخره. قال الأذرعي: يعضده قول الماوردي لو قذف امرأة بالزنا فماتت لم يضمنها ولو أجهضت ضمنه لأنها تسقط من ذاعر القذف ولا تموت منه.

(٣) قال الزركشي في خادمه: وهكذا ذكره الشيخ في المهذب واستدركه شارحه في كتابه المسمى بالتواقي فقال: إن كان المفزع عبداً فينبغي أن يجب شيء لأن فيه تنقيصاً إذا سمع بأنه أحدثه في ثيابه وأن تفريعه له أورث في باطنه ما أوجب حدثه فيكون ذلك عيباً يجب فيه ما نقص من قيمته وهذا محتمل.

(٤) في ز: ينقص.

(٥) سقط في ز.

الظن؛ أن الهلاكَ الحاصلَ في الواقعة، حصل به، فهو شبه عمد، إذا كان بقصد الشخص، وهو كالصياحِ بالصغيرِ، وتهديدِ الحامل، وإن كان يتردد في حصول الهلاك به في الواقعة، مع كونه محتملاً، ففيه وجهانِ، منهم مَنْ ينفي الضمان فيه، ويتمسَّك بأن الأصل براءة الذمة، ومنهم من يوجِبُ الضمان، ويقول: هذا محتملٌ وغيره غير معلومِ الوجودِ، ولا بد من سبب، فيحال على هذا المحتمل.

وقوله: «ما يظهر كونه سبباً» أي: يظن أن الهلاك حصل به.

وقوله: «وما يشكّ في كونه سبباً»، أي: يتردَّد في أن الهلاك في الواقعة، هل حَصَل به.

وقوله: «على السببِ الظاهرِ» ليس المرادُ الذي ظهر؛ أنه سبب الهلاك في الواقعة؛ فإن ذلك يناقض التردد فيه، وإنما المراد السببُ المعلومُ وجودُه، هذا ما يدل عليه لفظه ههنا، وفي «الوسيط» هذا تمامُ الكلامِ في الطَّرَف الأول.

واعلم أنه رتَّب القول في القسم الثاني علَىٰ أربعة أطراف:

أحدها: في السبب وتمييزه عما ليس بسببٍ، وقد يتخيل أنه سبب، وقد فرَغْنا منه.

والثاني: فيما إذا اجتمع العلَّة والذي نسميه سبباً أو شرطاً، ثم يناط الضمان.

والثالث: فيما إذا اجتمع سبَبَانِ، وأحدُهما راجحٌ، يحَالُ الضمان عليه.

والرابع: فيما إذا اجتمعا معاً، وهما متقاربان[1] فيحكم بالشركة، [والله أعلم].

قال الغَزَالِيُّ: **الطَّرَفُ الثَّانِي فِي ٱجْتِمَاعِ العِلَّةِ وَالشَّرْطِ فَإِنْ كَانَ العِلَّةُ عُدْواناً كَالتَّرْدِيَةِ وَالحَفْرِ سَقَطَ أَثَرُ الحَفْرِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَالتَّرَدِّي مَعَ الحَفْرِ نُظِرَ إِلَى الحَفْرِ فَإِنْ كَانَ عُدْوَاناً ضَمِنَ وَإِلاَّ فَلاَ، وَلَوْ وَضَعَ صَبِيّاً فِي مَسْبَعَةٍ فَٱفْتَرَسَهُ سَبُعٌ وَجَبَ الضَّمَانُ عَلَىٰ أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ، وَلَوْ ٱتَّبَعَ إِنْسَاناً بِسَيْفِهِ فَوَلَّىٰ هَارِباً وَأَلْقَىٰ نَفْسَهُ فِي نَارٍ أَوْ مَاءٍ أَوْ بِئْرٍ أَوِ ٱفْتَرَسَهُ سَبُعٌ فِي مَسْبَعٍ أَوِ ٱنْخَسَفَ بِهِ سَقْفٌ أَلْقَىٰ نَفْسَهُ عَلَيْهِ فَهُوَ قَاتِلُ نَفْسِهِ إِلاَّ إِذَا كَانَتِ البِئْرُ مُغَطَّاةً فَالضَّمَانُ عَلَى المُتَّبِعِ، وَلَوْ سَلَّمَ صَبِيّاً إِلَىٰ سَبَّاحٍ فَغَرِقَ بِتَقْصِيرِهِ ضَمِنَ، وَإِنْ كَانَ بَالِغاً لَمْ يَضْمَنْ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: حفرُ البئرِ الذي هو شرطٌ أو سببٌ، مع التردِّي الذي هو علَّة الهلاك، إذا اجتمعا، نُظِر؛ إن كانت العلَّة عدواناً؛ بأن حفر بئراً، فرَدِيَ فيها غيره

---

(١) في ز: متقاومان.

إنساناً، فالقصاص والضمان يتعلَّقان بالتردية، ولا اعتبار للحفر معها؛ كما ذكرنا في الإمساك مع القتل، وإن لم تكن العلة عدواناً؛ بأن كان يتخطَّى شخص[١] الموضع جاهلاً، فتردَّى فيها وهَلَك، فإن كان الحفر عدواناً، تعلَّق الضمان به، لتولُّد الهلاك منه، وتقصيره به، وإلاَّ فلا ضمان فيه. ثم في الفصل صُوَرٌ:

إحداها: إذا وضع صبياً في مسبعة، فافترسه السَّبُع، نُظِر؛ إن كان يَقْدِرُ على الحركة والانتقال عن موضع الهلاك، فلم يفعل، فلا ضمان على الواضع، كما لو فتح عرقه، ولم يعصب حتى مات، وأيضاً؛ فإن الموجود تضييعٌ، وليس بإهلاك، والحرّ لا يدخلُ تحت اليد حتَّىٰ يضمن اليد، فانتفت أسبابُ الضمان، وإن كان لا يَقْدِر على الانتقال، ففي الضمان وجْهان، حكاهما الإمام:

أصحهما، عند صاحب الكتاب، وبه قال أبو حَنيفَة: أنه يجبُ الضمانُ؛ لأن ذلك يعد إهلاكاً في العرف، ولا يبعدُ أن يقال: إنَّه أشدُّ وأبلغُ تأثيراً من حفر البئر.

والثاني، وبه أجاب أكثرهم: أنه لا يجبُ؛ لأن الوضعَ ليس بإهلاك، ولم يوجدْ منه ما يلجىء السبع إليه، بل الغالب أن السبع يفر من إنسانٍ على ما تقرَّر في القصاص، وقد ذكر صاحب الكتاب الخلافَ في المسألة مرَّةً في باب الغصْبِ، وهي مكررة[٢] ههنا، وفي التقييد بالصبيّ ههنا وفي الغصب ما يَفْهِم أنه لو كان الموضوعُ بالعالم يجبِ الضمانُ لا محالة، والخلافُ مخصوصٌ بالصبيِّ، وذكرنا في القصاص نحواً من هذا، ويشبه أن يقال: الحكم منوطٌ بالقوة والضعفِ، لا بالكبر والصِّغَر.

الثانية: إذا اتبع إنساناً بسيفه، فولَّى المطلوب هارباً، وألقَىٰ نفسه في نارٍ، أو ماء، أو من شاهقِ جبلٍ عالٍ، أو في بئر، فهلك، فلا ضمانَ؛ لأنَّه باشر إهْلاَكَ نفسه [قَصْداً]، والمباشرة تتقدَّم على السبب، فصار كما لو حفر بئراً، فجاء آخر ورَدِيَ نفسه فيها، ولأنه أوقع نفسه فيما كان يحاذرُه من المتَّبِع، فأشبه ما إذا[٣] أكره إنساناً على أن يقتل نفسه، فقتل نفسه لا يجب الضمانُ على المُكْرِهِ، ولو لم يشعرْ بالمهلك، ووقع من غير قصده في النار، أو الماء، أو من السطح؛ بأن كان أعمى، أو في ظلمة الليل[٤]، أو في موضع مظلم، أو في بئر مغطَّاة، فيجب على المتَّبِع الضمانُ؛ لأنه لم يقصد إهلاكَ نفسه، وقد ألجأه المتَّبع إلى الهرب المفضِي إلى المعنى المهلك، وقد ذكرنا أنه لو حفر بئر عُدْوَانٍ، فتردَّىٰ فيها إنسان، يتعلَّق الضمان بالحفر، ومعلوم أن هذا الإلجاء أقوَىٰ وأشدُّ تأثيراً من الحفر المجرَّد، وأبدى الإمام احتمالاً في وجوب الضمان، وإن

---

(١) في أ: فتخطى.
(٢) في ز: وهو مكرر.
(٣) في ز: ذا.
(٤) في ز: بالليل.

كانت[١] البئرُ مكشوفةً، إذا كان المطلوبُ لا يتفرَّغ إلى تأمل التخطِّي، ويجعل الحالة التي أرهقته ممهِّدة لعُذْره؛ ويؤيده أنا[٢] نعلِّق الضمان بالحَفْر، ولا فَرْق بين أن يكون التردِّي فيها بالليل أو بالنهار[٣]، ولا بين أن يكون متحفظاً أَوْ لا يكون فههنا أولى.

ولو استقبله سَبُعٌ في طريقه، فافترسه، أو لصٌّ فقتله، فلا ضمان على المتبع، بصيراً كان المطلوب أو أعمَىٰ؛ لأنه لم يوجَدْ من المتَّبع فعلٌ مهلِكٌ، ومباشرة السبع التي عرضت كعروض القتل على إمْساك الممسِكِ، نعم، لو ألجأه، إليه في مضيقٍ، وجب الضمان [على المتَّبع][٤]، ولو انخسفَ به سقْفٌ في هربه، ففي وجوب الضمانِ على المتَّبع وجهانِ، حكاهما الشيخ أبو إسحاق في «المهذَّب»:

أحدهما: المنع؛ لأن المعنَى المُهْلِك لم يشعرْ به الطالِبُ، ولا المطلوب؛ فأشبه ما إذا عرض سبعٌ، فافترسه، وهذا ما أجاب به صاحب «التهذيب»، والقاضي الرُّويانيُّ.

والثاني: يجب؛ لأنَّه حَمَلَهُ على الهرب، وألجأه إليه، وأنه أفضى إلى المعنى المُهْلِك من غير شعور المطلوب منه، فأشبه ما إذا وقع في بئر مغطَّاة، وهذا ما أورده العراقيُّون وحكَوْه، عن نصِّه ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ في «الأم»، ورجَّحه المتولِّي، وإليه مال الإمام، وما ذكرناه من سقوط الضمان على المتَّبع، إذا ألقى المطلوب نفسه في ماءٍ، أو نار، أو من سطح قصْداً أَرَدْنَا به العاقل البالغ، فأما إذا كان المطلوبُ صبيّاً أو مجنوناً، فينبني على أن عَمْدَهما عمْدٌ أو خطأٌ، إن قلنا: عمدٌ، لم يضمن المتبع، وإلاَّ ضمن؛ كما لو تردَّى متردِّي في البئر جاهلاً.

وقوله في الكتاب: «إذا افترسه سَبُعٌ في مَسْبَع» في بعض النسخ في «مُتَّسَعٍ»، وقد يشير ذلك إلى أنه لو كان ملجئاً[٥] إليه في مضيقٍ، لم يسقط الضمان عن المتَّبع.

وقوله في الكتاب[٦]: «أو انْخسَفَ بِهِ سَقْفٌ، ألقى نفسه عليه» هذا اللفظُ يشْعِر بالتصوير فيما إذا أَلقَىٰ نفسه عليه من عُلْوٍ، فانخسف لثقله، وإذا كان كذلك، كان الحكم كما لو أَلقَىٰ نفسه من ماءٍ أو بئرٍ، وإن كان سببُ الانخسافِ، ضعْفَه، ولم يشعر به المطلوبُ، ففيه الوجهان المذكورانِ من قبل. وقوله: «إلاَّ إذَا كنت البئرُ مغطَّاة» قد عرفتَ أن الاستثناءَ لا ينْحَصِر في هذه الصورة، بل يستثنى الأعمى، ومن يُلْقِي نفسه في البئر[٧] في ظُلْمة الليل أيضاً، والضبط ألا يشعر بأنه يأتي المُهْلِك.

---

(١) في ز: كان.
(٢) سقط في ز.
(٣) في ز: والنهار.
(٤) سقط في ز.
(٥) في ز: ملجأ.
(٦) سقط في ز.
(٧) سقط في ز.

الثالثة: لو سلَّم صبيّاً إلى سباحٍ؛ ليعلِّمه السباحة، فغَرِق، وجبتْ ديته؛ لأنه لا يغرق إلا بإهمال السباح، وقلَّة تحفظه، وتكون الديةُ الواجبةُ ديةَ شبهِ العَمْد، كما لو ضرب المُعَلِّم الصبيَّ للتأديب، فهلك، وفي «التتمة» وجه؛ أنه لا يجب الضمانُ، كما لو نقله إلى مَسْبَعَة، وبل أَوْلَىٰ؛ لأن الخطر هناك أكثر، ولأن ذلك تضييعٌ، وهذا قد تدعو الحاجة إليه، وأبدى الإمامُ هذا الوجْه احتمالاً، وقال: الحرُّ لا يدخل تحت اليد، ولم يوجد من السَّبَّاح فعْلٌ، إذا خاض الصبي في الماء بنفسه نعم، لو أَلْقَاه السَّبَّاح في الماء؛ ليعلِّمه، فقد يجعل الإلْقَاء موجباً للضَّمان على تفصيل مذكور في باب القِصَاصِ، ويجري الخلافُ فيما إذا كان الوليُّ يعلِّمه السِّبَاحة بنَفْسِه، فغرق ولو أدخله الماءَ ليَعْبُر به، فالحكمُ كما لو خَتَنَه، أو قطع يده من أَكِلَةٍ، فمات منه، قاله في «التتمة».

وتبيَّن من التصوير الذي ذكَرْنا؛ أن قوله في الكتاب: «فغَرِقَ بتَقْصيرٍ» ليس للتقييدِ، بل من أوجب الضمان قال: إذا غَرِق، وقد حصَلَ في الماء للسباحةِ، فقد قصر السباح، ولذلك غرق، وكان المعنى؛ فغرق ضمن[1] بتقْصيره، فأما إذا سلَّم البالغُ نفْسَه، ليعلِّمه، ففي «الوسيط» أنه إن خاض معه؛ اعتماداً على يده، فأهمله، فيحتمل أن يجب الضمانُ، والمنقولُ عن العراقيين، والمذكورُ في «التهذيب»؛ أنه لا ضمان؛ لأنه مستقلٌّ، وعليه أن يحتاطَ لنفسه، ولا يغترّ بقول السَّبَّاح.

قال الغَزَاليُّ: **وَحفرُ البِئرِ لاَ يَكُونُ عُدْوَاناً فِي مِلْكِهِ وَفِي المَوَاتِ إلاَّ إِذَا حَفَرَ بِئْراً فِي دِهْلِيزِ نَفْسِهِ وَدَعَا إِلَيْهِ غَيْرَهُ فَفِي الضَّمَانِ قَوْلاَنِ لِتَعَارُضِ المُبَاشَرَةِ وَالغُرُورِ، أَمَّا فِي الشَّارِعِ بِحَيْثُ يَضُرُّ بِالْمُجْتَازِينَ فَعُدْوَانٌ، وَإِنْ كَانَ لِمَصْلَحَةِ الطَّرِيقِ وَبِإِذْنِ الوَالِي فَلاَ ضَمَانَ، وَإِنِ اسْتَقَلَّ فَهُوَ جَائِزٌ وَلَكِنْ بِشَرْطِ سَلاَمَةِ العَاقِبَةِ عَلَىٰ أَحَدِ القَوْلَيْنِ، وَإِنْ حَفَرَ لِغَرَضِ نَفْسِهِ وَلَمْ يَضُرَّ بِالنَّاسِ فَهُوَ جَائِزٌ بِشَرْطِ سَلاَمَةِ العَاقِبَةِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: والحفرُ يُفْرَضُ في مواضِعَ:

أحدها: إذا حفر في مِلْك نفسه، فلا عدوانَ؛ حتى لو دخل فيه [داخلٌ] بإذْنه، وتردَّى فيه، لم يجبْ ضمانه، إذا عرَّفه المالكُ أنَّ هناك بئراً، أو كانتْ مكشوفةً، والداخلُ يتمكَّن من التحرُّز، فأما إذا لم يعرِّفه، والداخلُ أعمَىٰ، أو الموضعُ مظْلِم، ففي «التتمة» أنه كما لو دعاه غَيْره إلى طعامٍ مسمومٍ، فأكله[2]، ولو حفر بئراً في دهليزِ

---

(١) سقط في ز.

(٢) وما نقله عن التتمة جزم به الإمام والغزالي لكن الماوردي في الحاوي قال إن هذا قول مخرج من أحد قوليه فيمن سمّ طعاماً وأذن في أكله وأن الأظهر المنصوص عليه أنه لا ضمان. قال: وهذا إن دخل بإذنه فإن أكره على الدخول ضمن قطعاً.

دارِهِ، ودعا إليها غيره، فتردَّى فيها، ففي الضمان قولان؛ لأنه غرر، ولكن المدعو غير ملجأ، فهو المباشر لإهلاك نفسه باختياره، وهذه الصورةُ مذكُورة مرةً في أول الجراح، لكنه لم يذكر الخلافَ هناك، واقتصر على إيجاب الضمان، وهو الأشبه على ما تقرَّر هناك، ومنهم من يرتِّب، ويقول: إن كان الطريق واسعاً، وعن البئرِ[1] معدلٌ، فقولان، وإن كان ضيِّقاً، فقولان مرتَّبان، وأولَىٰ بالوجوب، وعلَىٰ هذا قياسٌ تقديمِ الطعامِ المسمومِ، وأطعمةٍ فيها طعامٌ مسمومٌ.

والثاني: إذا حفر في مَوَاتٍ، إما للتملُّك أو للارتفاقِ بالاستقَاء منه[2]، فلا ضمان أيضاً؛ لأنه جائزٌ؛ كالحفر في المِلْك، وعلَىٰ هذا يحملُ قوله ﷺ: «البِئْرُ جُبَارٌ»[3].

والثالث: إذا حفر في مِلْك غيره، نُظِر؛ إن حفر بإِذْن المالكِ، فهو كما لو حَفَر في ملك نفسه، وإن حفر بغير إذن المالك يتعلَّق به الضمان؛ لكونه عدواناً[4]، وذلك إذا علم أن هناك بئراً، ولم يمكنه التحرُّزَ، وتكون الديةُ على العاقلة، ولو هلكت بها دابَّة أو مالٌ آخر، وجب الضمان في ماله، وهلْ يجعل رضى المالك باستبقاء البئر بعد الحفر، كرضاه عند الحفر؟ فيه وجهان مذْكُوران في الغَصْب:

الأظهر: نَعَمْ، ولو كان الحافر عبداً، فالضمانُ يتعلَّق برقبته، فلو أعتقه السيِّد، فضمانُ من يتردَّى في البئر بعد الاعتاق يتعلَّق بالعتْق، وعند أبي حنيفةَ؛ أنه يتعلَّق بالمعتق، ولو حفر في ملْكٍ مشْتَرَكٍ بينه وبين غيره بغير إِذْنِ الشَّريكِ، تعلَّق الضمان به أيضاً؛ لأنه لا يجوز الحفر في الملك المشْتَرَك، وعند أبي حنيفة؛ أنه إن كانَتِ الشَّرِكة مع واحدٍ تعلَّق به نصف الضمان، وإن كان مع اثنين، تعلَّق به ثلث الضمان لتعدِّيه في حق اثنين، وإذا حفر في ملْك الغير متعدياً، ودخل داخلٌ ملكه بغير إذنه، فتردَّى فيها، فيتعلَّق الضمان بالحافر[5]؛ للتعدِّي به، أَوْ لا [يلحقُ؛ لتعدِّي][6] المتردِّي بالدخول؟ حكى صاحب «التتمة» فيه وجهين[7]، وحكى في «البيان»؛ أن المالك لو قال: حَفَرَ بإِذْنِي، لم يصدَّقْ؛ خلافاً لأبي حنيفة.

والرابعُ: إذا حفر في شارع، فينظر؛ إن كان ضيقاً يتضرَّر الناس بالبئر، وجب ضمان ما هلَك بها، سواء أذن الإمامُ أو لم يأْذَن، وليس للإمام أنْ يأذن فيما يضر، وإن كان لا يتضرَّر بها الناسُ لسَعَةِ الشارِعِ، أو انعطافِ موضعِ البئر، فيُنْظر، إن كان الحفر

---

(١) في ز: وعين البئر معدل. (٢) سقط في ز.

(٣) أخرجه البخاري ومسلم من حديث أبي هريرة.

(٤) هكذا أطلقوه ولم يفرقوا بين الليل والنهار.

(٥) في ز: بالحفر. (٦) في ز: يتعلق التعدي بتعدي.

(٧) سكت الشيخ عن الترجيح. قال في الخادم: الأقرب أنه لا ضمان لتعدي الداخل بالدخول.

للمصْلَحَة العامَّة؛ كالحفر للاستقاء[1]، والحفر لماء المَطَر، فإن أذن فيه الوالي، فلا ضمان، وإن استقل به، فمنهم من قال: فيه قولانِ:

الجديدُ: أنه لا ضمان، وأشار في القديم إلَىٰ وجوبه، وقال آخرون. وجهان:

أصحهما: أنه لا ضمان؛ لما فيه من المصْلَحة العامَّة، وقد يعْسُر مراجعةُ الإمام في مثْلِهِ.

والثاني: يجبُ، والجواز مشروطٌ بسلامة العاقبة؛ بخلاف ما إذا أذن الإمام فيه؛ فإنه النائب عن عامَّة المسلمين، والناظرُ لهم وإن حفر لغرضِ نَفْسه، فقد ذكر جماعةٌ منهم صاحب «التهذيب»؛ أنه يجب الضمان[2]، أذن الإمام فيه أم لم يأذن لأنه وإن كان جائزاً، فهو مشروطٌ بسلامة العاقبة؛ لأنه لا يختصُّ الآحادُ بشيء من طريق المسلمين، وعلى هذا جرى الإمام وصاحبُ الكتاب، والذي أورده أصحابنا العراقيُّون، وتابعهم القاضي الرويانيُّ، وصاحب «التتمة»؛ أنه إن حفر بإذنِ الإمام، لم يلزم الضمان، وجوَّزوا أن يخصِّص الإمام قطعةً من الشارع ببعض الناس، والترتيبُ عند هؤلاء أن الحفر في الشارع، إذا لم يكن مضراً، فإن كان بإذن الإمام، فلا ضمان بسببه، سواءٌ حفر لنفسه، أو لمصلحةٍ عامَّة، وإن كان بغَيْر إذْنه، فإن حفر لنفسه وجب الضمان، وإن حفر لمصلحة عامَّة، ففيه الوجهان، أو القولانِ، والخلاف راجع إلى ما تقدَّم في إحياء الموات؛ أن إقطاع الإمام، هل له مدْخَلٌ في الشوارع، وبَيَّنا أن الأكثرين قالوا: نعم، وجوَّزوا للمُقْطَع أن يبنى فيه، ويتملَّكه، وَالحفر في المسجد كالحَفْر في الشارع، ولو بنى مسجداً في شارع لا يتضرَّر به المارَّة، فيجوز[3] ثم لم تعثَّر به إنسانٌ أو بهيمةٌ، أو سقَط جداره على إنسان، أو مَالَ، فأهلكه، فلا ضمان، إن كان البناءُ بإذن الإمام، وإن كان بغير إذنه، ففيه الخلاف.

ولو بنى سقفاً في مسجدٍ، أو نصب عموداً، أو طيَّن جداراً، أو علق قنديلاً، فسقط على إنسان، أو مال، فأهلكه، أو فرش حصيراً، أو حشيشاً، فتزلق به إنْسَانٌ، أو قذفت عينه بشَوْكة، أذهب ضوء البصر، فكذلك ينظر أجرى ذلك بإذن الإمَام، أو من يتولى أمر المسجد، أو بدون الإذن، فيكون الحكم على ما بَيَّنا، وعن أبي حَنيفة؛ أنه إن صدر ذلك من غير إِذْنِ أهلِ المحلَّة، وجب الضمان، قال في «التهذيب»: وهو قول

---

(١) في ز: الاستبقاء.

(٢) وعليه جرى الإمام والغزالي والذي أورده العراقيون وغيرهم أنه إن حفر بإذن الإمام لم يضمن. انتهى.

(٣) وفيه إشكال لا يخفى، وعلى قياسه يجوز للإمام أن يأذن في فتح الباب في جدار المسجد لبعض الرعية ووضع الجذوع على حائطه الذي لا يضر وضع الجذوع عليه وهو بعيد.

أبي إسْحَاق(١) وليعلم قوله في الكتاب: «بشَرْط سلاَمة العاقبة»؛ لما بيَّنا من الخلاف فيه.

قال الغَزَالِيُّ: **وَكَذَا إِشْرَاعُ الأَجْنِحَةِ جَائِزٌ بِشَرْطِ السَّلاَمَةِ بِخَلاَفِ مَا لَوْ حَفَرَ فِي مِلْكِهِ فَسَقَطَ جِدَارُ دَارِهِ فَلاَ ضَمَانِ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ حَرَجاً عَلَى المُلاَّكِ إلاَّ أَنْ يُقَصِّرَ بِمُخَالَفَةِ العَادَةِ فِي سَعَةِ البِئْرِ فَيَضْمَنُ، وَلَوْ أَوْقَدَ نَاراً عَلَى السَّطْحِ فِي يَوْمِ رِيحٍ عَاصِفٍ ضَمِنَ عَهْدَةَ الشَّرَارِ، وَلَوْ عَصَفَهُ الرِّيحُ بَغْتَةً فَلاَ، وَلَوْ سَقَطَ مِيزَابُهُ عَلَىٰ رَأْسِ إِنْسَانٍ فَإِنْ كَانَ السَّاقِطُ القَدْرَ البَارِزَ ضَمِنَ (و) كَالجَنَاحِ، وَإِنْ سَقَطَ الكُلُّ لَمْ يَضْمَنْ عَلَىٰ وَجْهٍ لِأَنَّهُ مِنْ حَاجَةِ المُلْكِ بِخَلاَفِ الجَنَاحِ، وَضَمِنَ النِّصْفَ بِإِزَاءِ البَارِزِ عَلَىٰ وَجْهٍ، وَضَمِنَ مَا يَقْتَضِيهِ وَزْنُ البَارِزِ عَلَىٰ وَجْهٍ إِذَا قِيسَ بِوَزْنِ الدَّاخِلِ، وَإِذَا مَالَ الجِدَارُ إِلَى الشَّارِعِ بِأَنْ بَنَاهُ مَائِلاً فَهُوَ كَالقَابُولِ، وَإِنْ مَالَ فِي الدَّوَامِ فَلَمْ يَتَدَارَكْ مَعَ الإِمْكَانِ فَفِي الضَّمَانِ وَجْهَانِ، وَأَمَّا قِمَامَاتُ البُيُوتِ وَقُشُورُ البَطِيخِ إِذَا تَعَثَّرَ بِهَا إِنْسَانٌ فَفِي وُجُوبِ الضَّمَانِ عَلَى المُلْقِي وَجْهَانِ كَمَا فِي المِيزَابِ لِأَنَّ طَرْحَ القِمَامَاتِ لِمَرَافِقِ الأَمْلاَكِ، وَرَشُّ المَاءِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لِمَصْلَحَةٍ عَامَةٍ فَهُوَ سَبَبُ ضَمَانٍ فِي حَقِّ مَنْ تَزَلَّقَ وَلَمْ يَرَ مَوْضِعَ الرَّشِّ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه مسائل تتعلَّق بالتصرُّف بالشوارع وتصرّف الإنسان في ملك نفسه، وبيان أحكامها وآثارها، والقولُ في التصرُّف في الشارع منه ما مَرَّ في الصلح، وفي باب(٢) إحياء المَوَاتِ، ومنه ما جَرَت العادةُ بذكْره ههنا:

المسألة الأُولَىٰ: لا يجوز اشراع الأجنحةِ التي تضرُّ بالمارَّة إلى الشارع، ولو فعل، منع، وما يتولَّد منه من هلاك، فهو مضمون، وإن كان الجناحُ عالياً غير مضرٌّ، فلا منع من إشراعه، وكذا بناءُ السَّابَاطِ العالي، لكن لو تولَّد منه هلاكُ إنسان، فهو مضمونٌ بالدية على العاقلة، وإن هَلَكَ به مالٌ، وجب الضمان في ماله، ووجَّهوا ذلك بأنَّ الارتفاق بالشارع إنما يجوز بشرط سلامة العاقبة، ولم يفرقوا ههنا بين أن يأذن الإمام، أو لا يأذن؛ كما فعلوا فيما إذا حفر البئر؛ لغرضِ نفسه، واتفقوا على وجوب الضمان، إن لم يأْذنِ الإمام، واختلفوا فيه إذا أَذِنَ، فيجوز أن يكونَ الحكْمُ في إشراع

---

(١) قال النووي في زوائده: قال البغوي: ومثل هذا لو وضع دناً على بابه ليشرب الناس منه، فإن وضعه بإذن الإمام، لم يضمن ما تلف به، وإلا فوجهان، يعني أصحهما لا ضمان بخلاف ما لو بنى دكة على باب داره فهلك بها شيء، فإنه يضمن، لأنه فعله لمصلحة نفسه. والله أعلم.
وهذا صرح به الشيخ إبراهيم المروذي في تعليقه أيضاً.

(٢) سقط في ز.

الجناح كذلك، ويجوزُ أن يقال: يجب الضمانُ ههنا على الإطلاق، ويفرِّق بأن الحاجة إلى الجناح أغلبُ وأكثرُ، والحفر في الطريق مما تقلُّ الحاجة إليه، وإذا كثر الجَنَاح، كثر تولُّد الهلاك منه، فلا يحتمل إهداره، ولو أشرع جناحاً إلى سكَّة منسدَّة بغير إذن أهلها، ضمن ما يتولَّد منه، وبإذن أهلها لا يقتضي الضمان؛ كالحفر في دار الغير بإذنه.

الثانية: يتصرَّف كلُّ واحد في ملكه بالمعروف، ولا ضمانَ فيما يتولَّد منه؛ بخلافِ إشراع الجناح؛ حيث كان ما[١] يتولَّد منه مضموناً؛ لأن إشراع الجناح[٢] لا ضرورة إليه، ولا يَرْغَبُ فيه كلُّ أحد، والتصرف في نفس الملك، لو قُيِّد بشرط السلامةِ، لأورث حرجاً عظيماً، ولا يجرُّ ذلك إلى إبطال فائدةِ المِلْكِ، فلم يقيِّده به، ولكن بشرْطِ جريانه على الاعتيادِ، والتحرُّز عما يعد إسرافاً وإهلاكاً، فلو وضع حجراً في ملكه، أو نصب شبكة، أو سِكِّيناً، وتعثَّر به إنسان، فهلَكَ، أو وقف[٣] على طرف سطْحه، فوقع على إنْسَان، أو مال أو وضع عليه جرَّة ماءٍ، فألقتها الريحُ أو ابتلَّ موضعها، فسقطتْ، فلا ضمان[٤]، وكذا لو أوقف دابَّة في ملكه، فرمحتْ إنساناً، أو بالت[٥] وأفسدتْ بالرَّشَاش ثوباً أو غيره خارجَ الملكِ، أو كان يكسر الحطَب في ملكه، فأصاب شيء منه عيْنَ إنسانٍ، فأبطل ضوءَها، وكذا لو حفر بئراً في ملكه، فتندَّىٰ جدارُ الجارِ وانْهَدَمَ، أو غار ماءُ بئره، أو حفر بالوعةً، فتغيَّر ماءُ بئرِ الجار - لا شيء عليه[٦]؛ لأن المُلَّاك لا يستغنون عن مثل ذلك، نَعَمْ، لو قصَّر، فخالف العادةَ في سعة البئر، ضَمِن، فإنه إهلاك، وليكنْ كذلك إذا قرب الحفر من الجدار علَىٰ خلاف العَادَةِ، ويمنع من طرح السِّرْقِينِ في أصْلِ الحائِطِ، ولو أوقد ناراً في مِلْكه، أو على سَطْحه، فطار الشَّرَر إلى ملْك الغير، فلا ضمان إلا أن يخالِفَ العادَةَ في قدْر النارِ الموقَدَة، أو يوقد في يوم ريح عاصفةٍ، فيكون ذلك كطَرْح النَّار في دار الغير، فإن عصفت [الريحُ] بغتةً، بعْد ما أوقَد، فهو معذُورٌ، ولو سقَىٰ أرضه، فخرج الماءُ من جُحْر فأرةٍ، أو شق إلى أرض غيره، وأفسد زرعه، فلا ضمان إلاَّ أن يجاوز العادَةَ[٧] في قَدْر الماء، أو كان

---

(١) سقط في ز.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في ز.
(٤) هكذا أطلق، وفي الحاوي والبحر: لو نام على طرف السطح فانتقل إلى الطريق على رجل فقتله فإن كان لعيب في الحائط انهار من تحته فلا يضمن وإن كان لنقلته في نومه يضمن لأنه سقط بفعله ويكون خطأ على عاقلته وقياسه في مسألتنا التفصيل.
(٥) سقط في ز.
(٦) قال الشيخ البلقيني: هذا مقيد بما إذا كان ذلك مع الإحكام والاحتياط بالذي لا يحصل ما ذكر إلا على ندور.
(٧) سكت عما إذا شككنا في أنه هل جاوز العادة أم لا.

=

عالماً بالجُحْر أو الشَّقِّ، ولم يحتطْ، وإذا حفر البئْرَ في أرض خوَّارة، ولم يَطْوِها، ومثلها ينْهَار إذا لم يُطْوَ، كان مقصِّراً، كما ذكرنا في سَعَة البئر، ولا بدَّ من هذا الاحتياطِ؛ حيث جوَّزنا حفْرَ البئر في الشارع.

وقوله في الكتاب: «في يومِ ريحٍ» يجوزُ أن يقرأ على إضافة اليَوْم إلى الريح، ويجوز أن يقرأ «في يَوْمٍ ريحٍ»، ويجعل الريح نعتاً لليوم.

الثالثة: يجوز إخراج الميازيب إلى الشوارع؛ لما فيه من الحاجة الظَّاهرة، ويروىٰ أن عمر ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ مَرَّ تحتَ مِيزَابِ العبَّاسِ بْنِ عَبْدِ المطَّلِبِ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ فَقَطَرَتْ عَلَيْهِ قَطَرَاتٌ، فَأَمَرَ بِقَلْعِهِ، فَخَرَجَ العَبَّاسُ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ وَقَالَ: أَتَقْلَعُ مِيزَاباً نَصَبَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِيَدِهِ؟ فَقَالَ عُمَرَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ: وَاللَّهِ، لاَ يَنْصِبُهُ إلاَّ مَنْ يَرْقَىٰ عَلَىٰ ظَهْرِي، وَانْحَنَى لِلْعَبَّاسِ، حَتَّىٰ رَقِيَ عَلَيْهِ، فَأَعَادَهُ إِلَىٰ مَوْضِعِهِ[١].

وليكن الميزابُ عالياً كالجَنَاحِ، فإذا سقط منه شيءٌ، فهلك به إنسان، أو مَالَ، ففي وجوب الضمانِ قولانِ:

القديمُ، وبه قال مالكٌ: أنه لا ضمان؛ لأنه من ضرورة البناء، فأشبه ما لو تولَّد الهلاك من بنائه، بخلاف الجناح.

والجديدُ: أنه يجب، وبه قال أبو حنيفة؛ لأنه ارتفاقٌ بالشارع، فيكون جوازه بشَرْط السلامة؛ كما في إشراع الجناح؛ وكما إذا طرح تراباً في الطريق ليطيِّن به سطحه، فزلق به إنسانٌ وهلك، يلزمه الضمان، ودعوى الضرورة ممنوعةٌ؛ فإنه يمكنه أن يتخذ لماء السطح بئراً في داره أو يحدِّر الماء في أخدودٍ في الجدار من غير إخراج شَيْءٍ، وعلى هذا؛ فلو كان الميزابُ خارجاً كلُّه بأن سُمِّر على خشبة من السقف، فانقطع، وجب جميعُ الضمان[٢] وإنْ كان بعْضُه في الجدارِ وبعْضُه[٣] خارجاً منه[٤]، فإن انكسر وسقط الخارج أو بعضه، وحصل الهلاك به، فكذلك، وإن انقلع من أصلِه،

= وقال الجاجرمي في الإيضاح: الأصل براءة الذمة، وإن غلب على الظن مجاوزة الحل بالغيرة بالسبب الظاهر لا بالبراءة الأصلية على الأصح.

(١) ورواه أبو داود في المراسيل من حديث أبي هارون المدني، قال: كان في دار العباس ميزاب، ورواه الحاكم في ترجمة العباس من طريق عبد الرحمن بن زيد بن أسلم بسنده، عن عمر أنه دخل المسجد فإذا ميزاب فذكر نحوه، وقال: لم يحتج الشيخان بعبد الرحمن، وقد وجدت له شاهداً من حديث أهل الشام. قاله الحافظ في التلخيص.

(٢) وقضيته تعليله أنه لا فرق بين أن يسقط كله أو بعضه.

(٣) في ز: والبعض.

(٤) سقط في ز.

لم يجب إلا بعض الضمان؛ لأن التلَف حصَلَ من مباحِ مطْلَقٍ، ومباحٍ بشرطِ سلامةِ العاقبة، وفي القَدْر الواجب قوْلاَن، أو وجهان:

أشهرهما: أنَّ الواجب نصْفُه توزيعاً على النوعَيْن.

والثاني: أنه يوزَّع علَىٰ ما في الداخل والخارج، فيجب قسْطُ الخارج، ثم الذي ذكره صاحب الكتاب، وجماعةٌ؛ أن التوزيع يكون باعتبار الوزْنِ، وفي «التتمة» وغيرها أن التوزيع يكون باعتبار مساحةِ الداخِل والخارج، ويمتحن فيقال: رجلٌ قتل إنساناً بخشبة يجبُ بقتله بعضُ ديته، ولو قتله ببعضِها يجب تمامُ ديته، ولا فَرْق بين أن يصيبه الطرفُ الداخل أو الخارج؛ لأنَّ الهلاك يحصُلُ بثقل الجميع، وعن أبي حنيفة أنه إن أصابه الخارُج، وجب جميع الضمان، وإن أصابه الداخلُ، لم يجب شيء، والحكم في كيفية التضمينِ، إذا حصل الهلاكُ بالجناح المشرع، إمَّا بالخارج منه أو بالخارج والداخل معاً، على ما ذكرنا في المِيزَابِ؛ بلا فرق وقد يختصر الخلافُ في الميزاب، فيقال: في ضمانِ ما يهلك به ثلاثةُ أقوالٍ، أو أوجه:

أحدها: لا ضمان.

والثاني: يجبُ نصفه.

والثالث: يوزَّع على الداخلِ والخارج، وهكذا أورد صاحبُ الكتابِ، إلا أنه خصَّص الوجوه بما إذا سقط الداخلُ والخارج جميعاً، وأشعر سياقه بالقطع بالوجوبِ، إذا سقط الخارج البارزُ وحده، كما في الجناح، والذي يوجَدُ لعامَّة الأصحاب طَرْدُ الخلاف في الحالَيْن، وهو الذي يستَنِدُ على التوجيه، ويجوزُ أنْ يعلم لما بيَّنا قوله: «ضمن كالجَنَاح» بالواو.

«فَرْعٌ»

في «التهذيب»: أنه لو رَشَّ الماء من الميزاب على ثَوْبِ إنسان، ضمنه، يعني: ما ينقص منه.

الرابعة: الجدارُ الملاصقُ للشارع، إن بناه صاحبه مستوياً، فسقط من غير ميل، ولا استهدام، وتولَّد منه هلاكٌ، فلا ضمان؛ لأنه تصرَّف في ملكه، ولم يوجَدْ منه تقصيرٌ، ولوْ بناه مائلاً[1] إلى ملكه، أو مَالَ إليه بعْد البناء، وسقط، فلا ضمان أيضاً؛ لأن له أنْ يبني في ملكه كَيْفَ يشاء، وإن بناه مائلاً إلى الشارع، وجب ضمان ما يتولَّد من سقوطه؛ كالسَّابَاط والجَنَاح، وهو المرادُ من لَفْظ «القابول» الذي ذكره في الكتاب،

(١) في ز: حائلاً.

وإن بناه مستوياً، ثم مال إلى الشارع، وسقط، فإن لم يتمكَّن من الهدم والإصلاحِ، فلا ضمانَ، وإن تمكن فلم يفعلْ، فوجهان:

أظهرهما، عند الشيخ أبي حامد، وصاحب «التهذيب» وأكثرهم: أن الجواب كذلك، وبه قال المزنيُّ والإصطخريُّ؛ لأنه بنى في ملكه، والمَيْلُ لم يحصُلْ بفعله، فأشبه ما إذا سَقَط بلا مَيْل.

والثاني، وبه قال أبو إسحاق، وابن أبي هريرة، ورجَّحه القاضي الرُّويَانيُّ: أنه يضمن؛ لتقصيره بِتَرْكِ النقْضِ[١] والإصلاح، ويحكَىٰ هذا عن أصحاب مالك، ويجري الوجهانِ فيما لو سَقَط إلى الطريقِ، فلم يرفعه، حتى تعثَّر به إنسان أو هَلَك مال، ولا فَرْق بين أن ينازعه الوليُّ أو غيره، ويطالب بالنقْض، وبين ألا يُوجَدَ ذلك، وقال أبو حنيفةَ: إن نُوزِعَ وأُشْهِدَ عليه، فلم يَنْقُضْ ضمن، وإنْ لم يُشْهَدْ عليه، لم يضمن، وإذا وجب الضمانُ في البناء المائل إلى الشارع ابتداءً أو دواماً، فلو مال بعضه دون بعض، نُظِرَ، أحَصَلَ التلف برأسه المائل، أو بما بَقِيَ على الاستواء، أو بالكلِّ، ويكون الحكمُ على ما ذكرنا في الميزاب، والجناح[٢] وإذا باع ناصبُ الميزابِ أو بانِي الجدارِ المائِل الدارَ[٣]، لم يبرأ من الضمان؛ حتى إذا سقط على إنسان، فهلك ـ يكون الضمان على عاقلة البائعِ؛ قاله في «التهذيب»[٤].

ولو أراد الجار أن يبني جدارَهُ الخالصَ، أو المشتركَ مائلاً إلى مِلْكِ الجار، فله المنع منه، وإن مال، فله المطالبة بالنقْضِ، كما أنه إذا انتشرتْ أغصانُ شجرته إلى هواءِ مِلْكِ الغير ـ فَلَهُ أن يطالب بإزالَتِها، ولو تولَّد منه هلاكٌ، فالضمان على ما ذكرنا فيما إذا مالَ إلى الشَّارع[٥] وعن أبي حنيفةَ؛ أنه إن نازعه الجارُ، وأشهد، تعلَّق به الضمان، وإلاَّ فلا.

ولو استهدم الجدارُ، ولم يَمِلْ فعن الإِصطخريِّ؛ أنه قال في «أدب القضاء»: لا يطالَبُ بنقضه؛ لأنه لم يجاوزْ ملكه، وفي «التتمة» وجه آخر؛ أن للجار وللمارَّة في الشارع المطالبةَ به؛ لما يُخَاف منه من الضرر؛ كما أنه لا يفعل في ملكه ما يتضرَّر به الجارُ على ما مرَّ، وهذا ما أورده ابن الصبَّاغ احتمالاً، فعلى الأول لا ضمانَ فيما يتولَّد

---

(١) في ز: ينزل النقص.

(٢) في ز: والخارج. (٣) سقط في ز.

(٤) هذا ظاهر فيما إذا مال إلى الشارع أو إلى ملك الغير وباعه لغيره أما لو تعدى ببنائه مائلاً إلى ملك الغير ثم باعه منه ويسلمه فالظاهر براءته من الضمان، وقد سبق في حفر البئر في ملك الغير إن رضاه.

(٥) توهم أن الحكم كذلك في الشجرة أيضاً وليس الأمر كذلك فقد حكى البغوي في تعليقه عن الأصحاب أنه لا ضمان لما يتلف من غصن الشجرة لأنه لم يكن يصنعه بخلاف الميزاب لأنه أخرجه إلى هواء الطريق.

منه، وعلى الثاني، وهو كما لو مال، فلم ينقضه.

الخامسة: قِمَامَاتُ البيتِ وقُشُور البِطِّيخ، والرُّمَّان والباقِلاَّء، إذا طرحها في مِلْكه، أو في مَوَات، فَزَلِقَ بها إنسانٌ، وهلك، أو تلف بها مالٌ ـ لم يجب الضمان، وإن طرحها في الطريق، وأفضى إلى التلف، فقد حكى الإمام وصاحب الكتاب والمتولِّي ـ رحمهم الله ـ فيه وجهين:

أحدهما: لا يجب الضمان؛ لأنه لا يعدُّ مقصِّراً بذلك، وقد جرتِ العادةُ على مرِّ الأعصار به من غير إنكار.

وأصحُّهما، وهو الذي أورده أكثرُهُمْ: أنه يجب الضمان، ووجوبُ الضمانِ لا ينحصُر في التقصير[1] والتعدِّي، بل الارتفاق بالطريقِ مشروطٌ بسلامة العاقبة، كما قدَّمناه، وربَّما وجه بأن طرح القمامات إلى الشارعِ معدُودٌ من مرافق الأملاك، وفي المنع منه مشقَّة؛ فأشبه نصب الميزاب.

وذكر وجه ثالث؛ أنه يفرِّق بين أن يلقيها علَىٰ متن الطريق، فيتعلَّق به الضمان، وبين أن يلقي في طرف ومنعطَفٍ لا ينتهي إليه المارَّة غالباً، قال الإمام: والوجه عندنا القطْعُ بوجوب الضمان، إذا ألقاها على متْنِ الطريق، وتخصيصُ الخلافِ بالإلقاءِ على الطرف.

ولك أن تقولَ: قد يوجد بين العماراتِ مواضعُ معدَّة لإلقاء القمامات فيها، تسمَّىٰ تلك المواضعُ السُّبَاطَاتِ والمَزَابِلَ، وتعدُّ من المرافق المشتركةِ بين سُكَّان البقعة، فيشبه أن يقطع بنفي الضمان، إذا كان الإلقاءُ فيها، فإنه استيفاءُ[2] منفعةٍ مستحَقَّة، وتخصيص الخلافِ بالإلقاءِ في غيرها، وإذا أوجبنا الضمان، فذلك إذا كان المتعثِّر بها جاهلاً، أما إذا مشَىٰ عليها قصداً، فلا ضمان؛ كما لو نزل البئرَ، فسقط، ولو رش الماء في الطريق، فزَلَقَ به إنسان أو بهيمةٌ، نُظِر؛ إن كان الرشُّ لمصلحة عامَّة؛ كدفع الغبار عن المارَّة، فليكن كحفر البئر للمصلَحَة العامَّة، وإن كان لمصلحةِ نفسِهِ، وجب الضمان، ويمكن أن يجيء فيه الوجهُ الآخَرُ المذكورُ في طرح القشُورِ، ولو جاوز القدْرَ المعتادَ في الرشِّ، ففي «التتمة» القطعُ بوجوب الضمان[3]، وهو كما ذكرنا فيما إذا بَلَّ الطِّينَ في الطريق.

---

(١) سقط في ز. (٢) في ز: استثناء.

(٣) قال في الخادم: ما ذكره في الرش للمصلحة العامة من تنزيله منزلة الحفر يقتضي أنه لا يجب الضمان فيه سواء أذن الإمام أم لا وهو في هذا التنزيل تابع للإمام والغزالي لكن الذي صرح به الأصحاب وجوب الضمان منهم الصيمري والماوردي والشيخ أبو حامد والمحاملي وابن الصباغ وحكاه في الذخائر عن إطلاق العراقيين. وقال في التتمة: إنه الصحيح، وأخذ في الخادم كلام الأذرعي وحكى الأذرعي عن ابن الرفعة أن محل ما ذكرناه من الضمان إذا لم يبرأ التالف بما=

ولو بنَىٰ على باب داره دَكَّةً، فتَلِفَ بها إنسانٌ أو دابَّةٌ، وجب الضمان[١]، وكذا الطَّوَّاف، إذا وضع متاعَهُ في الطريق، فحصل به تَلَفٌ، بخلاف ما لو وضع على طرف حانوته.

ولو بالَتْ دابته، أو راثَتْ، فزَلِقَ به رِجْلُ إنسانٍ، أو دابَّة، أو تطاير شيْءٌ منه إلى طعام إنسان، فنجَّسه، نُظِر؛ إن كانت في ملْكه، فلا ضمان، وإن كانَتْ في الطريق، فالحُكْم على ما سيأتي، إن شاء الله تعالَىٰ، في آخر كتاب موجِبَاتِ الضمان، ولو ربَطَها في الطريق، فقد ذَكَره هناك، ولو مشَىٰ قصداً على موضع الرشِّ أو البَوْل، لم يجب الضمان.

«فَرْعَانِ»

الأول: أسندَ خشبةً إلَىٰ جدارٍ، فسقط الجدارُ علَىٰ شيء، فأتلفه؛ إن كان الجدارُ لغير المُسْنِدِ، ولم يأذنِ المالكُ، فعليه ضمان الجدار، وما يسقط عليه الجدارُ، ولا فرق بين أن يسقطَ الجدارُ عَقِيب الإسناد، أو يتأخَّر عنه؛ بخلاف ما لو فتح قَفَصاً عن طائر، وطار؛ حيث يفرَّق بين أن يطير في الحال، أو بعد مدَّة؛ لأنَّ الطائر مختارٌ، والجماد لا اختيار له، وإن كان الجدارُ للمُسْنِدِ أو لغيره وقد أذِنَ فيه، لم يجبْ ضمانُ الجدارِ، ففي ضمان ما يسقُطُ عليه وجْهَانِ عن صاحب «التَّلْخيص»، وبه قال أبو زَيْدٍ: إنه إن سقط في الحال، وجب الضمان؛ كما لو أسقط جداره على مالِ الغَيْر، وإن سقط بعد زمان، لم يجبْ كما لو حفر بئراً في ملكه، لا يضمن ما يسقُطُ فيها، وعن القَفَّال؛ أنه لا يضمن في الحالتَيْنِ؛ كما أنَّ في حفر البئر إذا كان في ملكه، لا يجب ضمانُ ما يسقُطُ، فيها سواءٌ كان عَقِيبَ الحفرِ أو بعد مُدَّة، فإن قلْنا: يضمن، إذا سقط في الحال، فلو لم يسقطْ، لكن مَالَ في الحال إلَى الشَّارع، ثم سقط بعد مدة، يجب الضمانُ، كما لو بنى الجدارَ مائلاً؛ لأنه مَالَ بفعله؛ بخلاف ما لو مال في الدوامِ بنفسه.

الثاني: إذا نَخَس دابَّةً، أو ضربها مغَافَصَةً، فقفزت، ورمت راكبَها، فمات، أو أتلفتْ مالاً ـ وجب الضمان، قال في «التهذيب»: فإن كان النخْسُ بإذن المالك،

= حصل به التلف أما إذا رآه وتعمد وضع رجله عليه حتى هلك فلا ضمان جزماً في جميع الصور. وكذا ذكره المصنف نحوه إذا قصد المشي على الرش أو البول، وفي تعليق البغوي وإنما يضمن في الرش وقشور البطيخ وأمثالها إذا لم يتعمد الماشي المشي عليه حتى لو تعمده فلا ضمان لأنه أتلف نفسه.

(١) وهذا ظاهر إن منعناه البناء، فإن جوزناه ففي الضمان نظر لتولده من مباح لا سيما إذا كان أذن الإمام، وقد حكى الماوردي قولين فيما لو حفر بئراً في طريق واسع بفناء داره فتلف به إنسان هل يضمنه، ولا شك أن الدابة في ذلك كالبئر.

فالضمان[1] عليه، ولو غلبته دابَّته، فاستقبلها إنسانٌ، وردها، فأتلفت في انصرافها، فالضمانُ على الرادِّ، ولو كان رجلٌ يحمل رجلاً، فجاء آخر وقرص الحامل، أو ضربه، فتحرَّك، فسقط المحمولُ من ظهره، قال في «التتمة»: هو كما لو أكره الحامل[2] على إلقاء المحمول عن ظَهْره [والله أعلم].

قال الغَزَالِيُّ: **الطَّرَفُ الثَّالِثُ فِي تَرْجِيحِ سَبَبٍ عَلَىٰ سَبَبٍ وَمَهْمَا اجْتَمَعَ سَبَبَانِ مُخْتَلِفَانِ قُدِّمَ الأَوَّلُ، وَلَوْ حَفَرَ بِئْراً وَنَصَبَ آخَرُ حَجَراً فَتَعَثَّرَ بِالحَجَرِ وَوَقَعَ فِي البِئْرِ فَالضَّمَانُ عَلَىٰ وَاضِعِ الحَجَرِ، وَكَذَا لَوْ سَقَطَ الحَجَرُ بِسَبَبِ السَّيْلِ عَلَىٰ طَرَفِ البِئْرِ سَقَطَ الضَّمَانُ عَنِ الحَافِرِ، وَلَوْ سَقَطَ فِي بِئْرٍ عَلَىٰ سِكِّينٍ مَنْصُوبٍ فَالضَّمَانُ عَلَى الحَافِرِ لاَ عَلَىٰ نَاصِبِ السِّكِّين، وَلَوْ حَفَرَ بِئْرَ قَرِيبُ العُمْقِ فَعَمَّقَهَا غَيْرُهُ فَالضَّمَانُ عَلَى الأَوَّلِ فِي وَجْهٍ، وَقِيلَ: إِنَّهُمَا يَشْتَرِكَانِ لِتَنَاسُبِ الْجِنَايَتَيْنِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا اجتمع سَبَبَا هَلاَكٍ، يقدَّم الأول منهما؛ لأنه المُهْلِك؛ إما بنفسه، أو بواسطة الثاني، فيشبه الترديَة مع الحفر، فلو حَفَر بئراً في محلِّ عدوان أو نصبِ سكِّيناً، ووضع آخر حجراً، فتعثَّر بالحجر، ثم وقع في البئر، أو على السِّكِّين، فمات، فالضمان يتعلَّق بواضع الحَجَر، وفي «البيان»؛ أنَّ أبا الفيَّاض البَصْرِيَّ قال: يتعلَّق الضمانُ بناصب السِّكِّين، إذا كان قاطعاً موحياً، فإنه أقوى، والمشهورُ الأول؛ لأن التعثُّر بالحجر هو الذي ألجأه إلى الوقوع فيَ البئر أو على السكين، فكأنه أخذه[3] فردَّاه في البئر، أو ألقاه على السِّكِّين، وهذا كما أنه لو كان في يدهِ سِكِّينٌ، فألقى عليه رجلٌ إنساناً، يجب الضمان والقصاصُ على المَلْقِي، ولو أهوى إليه مَنْ في يده السِّكِّينُ، ووجْهُه نحوه، لما ألقاه الملْقِي، كان القصاصُ على صاحبِ السِّكِّين، هذا إذا كانا متعدِّيَيْن، ولو حفر بئراً، أو نصب سكيناً في ملكه، ووضع متعدِّيه حجراً، فتعثر بالحَجَر، ووقع في البئر، أو على السِّكِّين، فكذلك يكون الضمان علَىٰ واضع الحَجَر، ولو وضع حَجَراً في مِلْكه، وحَفَر متعدٍّ هناك بئراً، أو نصب سِكِّيناً، فتعثَّر بالحجر، أو وقع في البِئْرِ، أو على السِّكِّينِ فالمنقول أنه يجب الضمانُ على الحافر، وناصب السِّكِّين، فإنه المتعدِّي، وإنما يجعل الضمان على واضع الحَجَر، إذا كان متعدِّياً، وينبغي أن يقال: لا يجب الضمانُ على الحافِر، وناصبِ السِّكِّين؛ كما يذكر في مسألة السبيل على الأثر، ويدلُّ عليه أن أبا سَعْدِ المتولِّيَ قال في «التَّتِمَّة»: لو حفر بئراً في

---

(١) ما ذكره الشيخ هو المعتمد وليس مخالفاً لما ذكره في ضمان البهائم وذكر في الخادم كلاماً غير محرر والموجود في الروضة في البائن سواء سوى أنه عبر هنا بإذن المالك وهناك بإذن الراكب.

(٢) في ز: الحاصل. (٣) سقط في ز.

ملكه، وجاء آخر، فنصب فيها حديدةً، فوقع إنسانٌ في البئر، وجرحته الحديدةُ، فمات، فلا ضمانَ علَىٰ واحدٍ منهما؛ أما الحافرُ، فظاهر، وأما الآخَرُ؛ فِلأَنَّ الوقوع في البئر هو الذي أفضَىٰ إلى الوقوع على الحديدة، فكان حافر البئر كالمباشر، والآخرُ كالمتسبِّب.

ولو حفر بئراً في محلِّ عدوانٍ، وسقط الحجر على طرف البئرِ بمجيء السيل به، أو وضعه هناك حربيٌّ، أو سبع، فتعثَّر بالحجر، ووقع في البئر، أو على السِّكِّين، فلا ضمان على أحدٍ، كما لو ألقاه السبع، أو الحربي في البئرِ، وفي «التتمة» وجه آخر؛ أنه يجب الضمان على عاقلة الحافر؛ لأنه لا وجه للإهدار، والحافرُ هو المتعدِّي.

ولو حفر بئر عدوانٍ، ونصب آخر في أسْفَلِها سِكِّيناً، فالضمان على عاقلة الحافِرِ، دون ناصب السِّكِّين؛ لأن الحفر هو الذي ألجأه إلى الوقوع على السِّكِّين، هذا هو المشهُور، ويحكَىٰ عن أبي حنيفة، وفي «البيان» وجه أن الضمانَ على ناصب السكينِ؛ لأن التلف حصلَ بوقوعه على السِّكِّين قبل الانصدام بقَعْر البئر، ولو حفر بئراً قريبةَ العمقِ، فعمقها غيره، فضمانُ من تردَّى فيها علَىٰ مَنْ يَكونُ؟ فيه وجهان:

أحدهما: يختص بالأول لما مرَّ.

وأظهرهما: أنه يتعلَّق بهما جميعاً؛ لتناسب الجنايتين وتأثره بالانصدام، فعليهما جميعاً، فصار كما لو تعاونا على الحَفْر، وعلى هذا، ففي كيفية شركتهما في الضمان وجهان، حكاهما الشيخ أبو عَلِيٍّ:

أحدهما: التنصيف؛ كما لو مات بجراحاتٍ صدَرَتْ من شخصين.

والثاني: يوزَّع على القَدْرِ الذي حفره كلُّ واحدٍ منهما، حتَّىٰ لو حفر أحدهما عشرين ذراعاً، والآخر ثلاثين ذراعاً، يكون الضمانُ بينهما أخماساً.

ولو حَفَر بئراً متعدياً، ثم طَمَّها، وجاء آخر، وأخرج ما طُمَّت به، وتردَّى فيها إنسانٌ، فالضمان يتعلَّق[1] بالأول، لأنه المبتدئ بالتعدي، أو بالثاني؛ لانقطاع أثر الحفر الأولِ بالطَّمِّ؟ فيه وجهان، نقلهما في «البيان»[2].

ولو وضع رجلٌ حجراً في الطريق، وآخران حجراً بجنبه، وتعثَّر بهما إنسانٌ،

---

(١) في أ: متعلق.

(٢) قال النووي في زوائده: أصحهما الثاني. والله أعلم.
ما صححه جزم به البغوي في فتاويه فقال: لو حفر بئراً عدواناً ثم سد رأسها ثم جاء آخر فتحها ثم وقع فيها إنسان فالضمان على من فتح رأسها.

ومات ـ فالوجه الأظهرُ: أن الضمان يتعلّق بهم أثلاثاً، وإن تفاوت فِعْلُهُمْ؛ كما لو مات بجراحةٍ ثلاثةٍ، واختلفت الجراحاتُ، وفي «التهذيب» وجه؛ أنه يتعلّق نصف الضمان بالمنْفَرِد، ونصفه بالآخرين.

قال الغَزَالِيُّ: **وَلَوْ تَعَثَّرَ بِحَجَرٍ فِي الطَّرِيقِ فَالضَّمَانُ عَلَىٰ وَاضِعِهِ، وَلَوْ تَعَثَّرَ بِقَاعِدٍ فَالضَّمَانُ عَلَى الْقَاعِدِ، وَلَوْ تَعَثَّرَ بِوَاقِفٍ فَالمَاشِي مُهْدَرٌ وَضَمَانُ الوَاقِفِ عَلَى المَاشِي لِأَنَّ الوُقُوفَ مِنْ مَرَافِقِ المَشْيِ دُونَ القُعُودِ، وَقِيلَ فِي المَسْأَلَتَيْنِ قَوْلاَنِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه صورتان:

إحداهما: وضْعُ الحَجَرِ كحَفْر البئرِ؛ يتعلّق الضمان به، إذا تعثّر به من لم يره؛ علَىٰ ما مَرَّ، ولو وضع حَجَراً في الطريق، فتعثّر به إنسانٌ ودحْرَجة، ثم تعثّر به آخر وهلك، فضمان الثاني يتعلّق بالمُدَحْرِجِ؛ لأن الحجر في ذلك الموضع، إنما حَصَل بفعله.

الثانية: من قعد في موضع، أو نام، أو وقَفَ، فتعثّر به ماشٍ، وماتا، أو أحدُهما، نُظِرَ؛ إن كان ذلك في مِلْكه، ودخله الماشي من غير إذْنٍ، فهو مُهْدَر، لأنه قتل نفْسَه، وعلى عاقلته ديةُ القاعدِ، أو الواقفُ، وكذا الحكم لو قَعَدَ أو وَقَفَ في مَوَاتٍ، أو طريقٍ واسع لا يتضرَّر به المارَّة، ولا فرق بين أن يكون القاعدُ أو الواقفُ بصيراً أو أعمَىٰ، كما لو قصد قتل من يمكنه الاحتراز[1] منْهُ، فلم يحترز حتَّى قتله، وإن قعد أو وقَفَ في طريقٍ ضيِّقٍ يتضرَّر به المارَّة، واتفق ما صوَّرناه، فالأصحاب فريقانِ، قال أكثرهم، وتابَعَهُم صاحبُ الكتاب: النَّصُّ فيما إذا تعثَّر الماشي بالقاعدِ أو النائمِ؛ أن دَمَ القاعدِ والنائم مُهْدَر، وعلى عاقلتهما ديةُ الماشي، والنصُّ فيما إذا كان التعثّرَ بالواقف، وماتا؛ أنه يُهْدَر دمُ الماشِي[2]، ويجبُ دية الواقِفِ على عاقلته، وفيهما طريقان:

أحدهما: التصرُّف في النصَّيْن، وجعل الصورتين علَىٰ قولَيْن بالنقل والتخريج:

أحدهما: أنه يُهْدَرُ دم الواقفِ، والقاعدِ، والنَّائم، ويجب ديةُ الماشِي على عاقلة هَؤُلاء؛ لأن الطريق للطروق، وهم بالوقوفِ والقعودِ والنَّوْم مقصِّرون، فينزل فعْلُهم منزلةَ وضْع الحَجَر في مثل هذا الطَّريق.

---

(١) في ز: الأخيران.

(٢) ما جزم به من أن الماشي مهدر وعلى عاقلته دية القاعد والواقف لأن الماشي بحركته هو الذي يلي نفسه ويلي غيره وعلى هذا فالنائم حكمه حكم القاعد ليس كذلك فيه خلاف ذكره القاضي الحسين. فإنه نقل التضمين وذكر فيها الطريقين.

والثاني: يُهْدَر ديةُ الماشِي، ويجب على عاقلته ديةُ الواقِفِ أو القاعدِ أو النائم؛ لأن القتل حصل بحرَكَتِهِ، والمَشْيُ ارتفاقٌ بالطريق، فيباحُ بشرط السَّلامة، فصار كما إذا تردَّد الأعمَىٰ في الطريق بلا قائد، فأتلف، فلَزِمَهُ الضمان.

والثاني: تقريرُ النصَّيْن، والفرق أن الماشي قد يحتاجُ إلى الوُقُوف؛ لانتظار رفيقٍ أو كلالٍ أو سماعِ كلامٍ، أو إسماعِهِ، فالوقوف من مرافِقِ الطريقِ؛ كالمشْيِ، لكن الهلاكَ حصَلَ بحركة الماشِي، فيختص بالضمان، والقعودُ والنومُ ليْسَا من مرافقِ الطريقِ، فمن قَعَد أو نَامَ، فقد تعدَّىٰ، وعرض نفْسَه للهلاك، وهذا ما اختاره القاضي الحُسَيْن، وفي «التهذيب» أنه الأصحُّ، وقال أصحابنا العراقيُّون: يجبُ على عاقلة كلِّ واحدٍ من الماشِي والواقِفِ ديةُ الآخَرِ، أما الماشي، فلأنَّه قتل الواقف، وأما الواقف، فلأنه تسبَّب إلَىٰ قتل الماشي بالوقوف في الطريق، وينسب هذا إلَىٰ نصِّه في القديم، ونقلوا وجْهاً آخر؛ أنه لا ضمانَ علَىٰ عاقلة الواقفِ؛ لأنه لا حركَةَ منه، والقعودُ عَلَىٰ هذه الطريقة كالوُقُوف، ويخرجُ من الطريقَيْن في الواقِفِ والماشِي ثلاثةُ أوجُه، أو أقوالٍ:

أحدُها: وجوبُ دية كلِّ واحدٍ منهما علَىٰ عاقلة الآخر.

والثاني: وجوبُ ديةِ الواقِف علَىٰ عاقلة الماشِي، دون العكس.

والثالث: وجوبُ ديةِ الماشِي علَىٰ عاقلة الواقِفِ، دون العكس، والأقربُ الثَّاني، وبه أجاب صاحب «التتمة» ورجَّحه أبو الحَسَنِ العَبَّادِيُّ، ويليه الأول، وهذا كلُّه فيما إذا لم يوجَدْ من الواقف فعلٌ، فإن وجد كما إذا انحرف إلى الماشي، لما قَرُب منه وأصابه في انحرافه، وماتا، فهما كماشِيَيْنِ اصْطَدَما، وسنذكر حُكْمَه، ولو انحرف عنه، فأصابه في انحرافه، أو انحرف إليه، وأصابه بعد تمامِ الانحرافِ، فالحكْمُ كما لو كان واقفاً لا يتحرَّك.

ولو جلس في مسْجدٍ، فتعثَّر به إنسانٌ وماتا، فعلى عاقلة الماشي ديةُ الواقفِ، ولا ضمان للماشي؛ كما لو جلس في ملكه، فتعثَّر به ماش، ولو[1] نام في المسجد معتكفاً، فكذلك، ولو جلس لأَمْرٍ يُنَزَّهُ عنه المسجدُ، أو نام غيْرَ معتكِفٍ، فهو كما لو نام في الطريق، ذكره في «التهذيب»[2]، وعن أبي حنيفة وأصحابه، أنَّ الجالس يضمن ديةَ الماشِي، إذا جلس لغير الصَّلاة، ولا يخفى أن ما أطلقه صاحبُ الكتاب في هذا الفَصْل، والذي قبله من أنَّ الضمان على الحافر، وعلى واضع الحجر، وعلى القاعد،

---

(١) سقط في ز.

(٢) ما نقله عن البغوي في النوم لغير المعتكف لم يصرح به بل ذكر الاستيطان وعبارته لو جلس لأمر تنزه عنه المسجد إذا استوطن المسجد إلا لقربه فهو الجاني لا الصادم فإن مات الصادم يجب الضمان على عاقلته. انتهى وكذا ذكره الخوارزمي في الكافي إلا أنه فرضه في الجلوس.

أراد به تعلُّقَ الضمان بهم بوجوبه علَىٰ عواقلهم، لا وجوبَ الضمانِ عليهم في أنفُسِهِمْ، وقد وقَع في لَفْظ الشافعيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - في مسألةِ وضع الحَجَر، وإذا قلنا: إن العاقلةَ يتحملُّون الدية فالوجوب يلاقي الجاني أخذاً بظاهر اللفظ، [والله أعلم].

قال الغَزَالِيُّ: **وَلَوْ تَرَدَّىٰ فِي بِئْرٍ فَسَقَطَ عَلَيْهِ آخَرُ فَضَمَانُهُمَا عَلَىٰ عَاقِلَةِ الحَافِرِ، وَهَلْ لِوَرَثَةِ الأَوَّلِ مُطَالَبَةُ عَاقِلَةِ الثَّانِي بِنِصْفِ الدِّيَةِ حَتَّىٰ يَرْجِعُوا بِهِ عَلَىٰ عَاقِلَةِ الحَافِرِ؟ فِيهِ تَرَدُّدٌ، مَنْشَؤُهُ أَنَّ المُكْرَهَ هَلْ يَتَعَلَّقُ بِهِ عُهْدَةٌ؟، وَلَوْ تَزَلَّقَ عَلَىٰ طَرَفِ البِئْرِ فَتَعَلَّقَ بِآخَرَ وَجَذَبَهُ وَتَعَلَّقَ الآخَرُ بِثَالِثٍ وَجَذَبَهُ وَوَقَعَ بَعْضُهُمْ عَلَى البَعْضِ فَالأَوَّلُ مَاتَ مِنْ ثَلاَثَةِ أَسْبَابٍ بِصَدْمَةِ البِئْرِ وَثِقَلِ الثَّانِي وَالثَّالِثِ وَهُوَ مُتَسَبِّبٌ إِلَىٰ وَاحِدٍ فَيُهْدَرُ ثُلُثُ دِيتِهِ وَثُلُثُهُ عَلَى الحَافِرِ وَثُلُثُهُ عَلَى الثَّانِي فَإِنَّهُ جَذَبَ الثَّالِثَ وَأَمَّا الثَّانِي هَلَكَ بِسَبَبَيْنِ وَهُوَ مُتَسَبِّبٌ إِلَىٰ أَحَدِهِمَا فَيُهْدَرُ نِصْفُهُ وَنِصْفُ دِيتِهِ عَلَى الأَوَّلِ لأَنَّهُ جَذَبَهُ وَأَمَّا الثَّالِثُ فَكُلُّ دِيتِهِ عَلَى الثَّانِي.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا وقع في البئرِ واحدٌ [خَلْفَ واحدٍ]، وهلكوا أو بعضُهم، فإما أن يكون وقوع الثاني بجَذْبِ الأول، أو من غير جذبه:

الحالة الأولَىٰ: إذا وقع الثاني من غير أن يجذبه الأوَّل، فإن مات الأول، فالثاني ضامنٌ، لأنه أتلفه بثقلِهِ ووقوعِهِ عليه، فكان كما لو رماه بحَجَر، فقتله، وما الذي يلزمه ينظر؛ إن تعمد إلقاء نفسه عليه، ومثله يَقْتُلُ مثْلَهُ غالباً؛ لضخامته، وعُمْق البئر، وضيقها فعليه القصَاص، وإن تعمَّده، لكنه لا يقتل بمثله غالباً، فهو شبه عمد، وإن لم يتعمَّد وتردَّى في البئر بغير اختياره، أو لم يعلم وقوع الأول في البئر، فهو خطأ محضٌ، ثم الذي أطلقه المطْلِقُون، إذا آل الأمر إلى المال؛ أنه تجبُ الدية بتمامها، وقد يحتجُّ له بما روي أن بصيراً كان يقُودُ أعمَىٰ، فوقع البصيرُ في بئرٍ، ووقع الأعمَىٰ فوقه، فقتله، فقضَىٰ عُمَرُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - بِعَقْلِ البَصِيرِ على الأعْمَىٰ، فذكر أنَّ الأعْمَىٰ كان ينشد في المَوْسِمِ: [الرجز]:

يَــا أَيُّــهَــا الــنَّــاسُ، رَأَيْــتُ مُــنْــكَــرَا!!
هَــلْ يَــعْــقِــلُ الأَعْــمَــىٰ الــصَّــحِــيــحَ الــمُــبْــصِــرَا؟
خَــرَّا مَــعــاً كِــلاَهُــمَــا تَــكَــسَّــرَا

واستدركَ مستدركونَ؛ فقالوا: كما أن وقوعَ الغيرِ على الإنسان مُهْلِكٌ، فوقوعه في البئر وتأثُّره بما يصادِمُه[1] مهلِكٌ أيضاً، فالأول ماتَ بوقوع الثاني عليه، وبوقوعه في البئر، فعلى الثاني نصفُ الدية، ويكون النصْفُ على الحافر، إن كان الحفر[2] عدواناً،

---

(١) في ز: يعتاد به.
(٢) سقط في ز.

وإلاَّ فهو مُهْدَرٌ، وهذا أصحُّ عند صاحب «التتمة» وغيره، نَعَمْ، لو نزل الأولُ في البئر، ولم ينصدم[١]، ثم وقع عليه الثاني، تعلَّق بوقوعه كلُّ الدية، وإن ماتَ الثاني، فإن تعمَّد إلقاءَ النَّفْس فيها، أو لم يكنِ الحَفْر عدواناً، فهو هَدَر، وإلا تعلَّق الضمان بالحافر، وإنْ ماتا معاً، فالحكم في حقِّ كل واحد منهما[٢] على ما بيَّنًا، وإن تردَّى في البئر ثلاثةٌ، واحدٌ بعد واحدٍ، فمن قال في الصورة السابقة: إن ديةَ الأول على عاقلة الثاني، قال ههنا دية الأولِ علَىٰ عاقلة الثاني، والثالثُ؛ لأنه مات بوقوعهما عليه، ويحكَىٰ هذا عن الشيخ أبي حامد، ومَنْ قال هناك: ليس على الثانِي إلاَّ النصْفُ، قال ههنا: ليس على الثاني والثالث إلاَّ ثلثا الضمانِ، والثلُثُ الباقي[٣] على الحافر إن كان متعدياً، وإلا فهو هَدَر، وينْسَبُ هذا إلى القاضي أبي الطَّيِّب[٤]، واختاره ابن الصبَّاغ وقوله في الكتاب: «ولو تردَّى في بئْرٍ، وسقَطَ عليه آخر، فضمانُهُما على عاقلة الحَافِر»، يعني: إذا ماتا، وكان الحفْر عدواناً، فيثبت لورثة كلِّ واحد منهما مطالبةُ عاقلةِ الحافِرِ بالدية.

وقوله: «وهَلْ لورثة الأوَّل. . .» إلى آخره، أراد به أن الثاني، وإن أهلك[٥] الأول بوقوعه عليه، فإنه غير مختارٍ فيه، بل ألجأه الحفرُ إليه، فهو كالمكْرَهِ على الإتلاف، وليس للإتْلاَف[٦] في صورة التَرَدِّي موجبٌ سوى المال، فكان كالمكْرَهِ على إتلاف المال، وقد سبق ذكْرُ وجهين في أن المكْرَهَ على إتلاف المال، هل يُطَالَب بالضمان، وأن القرار على المكْرَه، وإن طولِبَ به المُكْرِه، وإذا كان كذلك، استقرَّ ضمان الثاني على عاقلة الحافر؛ لأنه كالمكْرَه، وفي مطالبة عاقلة الثانِي به الخلافُ في مطالبة المُكْرَه، والظاهر المطالبةُ.

---

(١) في ز: يصطدم. (٢) سقط في ز.
(٣) في أ: الثاني.
(٤) وهذا الخلاف من الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب إنما هو بالنسبة إلى الثاني لا الأول. وعبارة الشامل: فإن وقع ثالث عليهما فمات الثلاثة كان ضمان الأول على الآخرين. وأما الثاني فذكر الشيخ أبو حامد أن ضمانه على الثالث لأنه أتلفه بوقوعه عليه. وذكر القاضي أبو الطيب أن نصف ديته هدر ويجب ضمان النصف على الثاني ويجب ضمان النصف على الثالث لأنه تلف بوقوعه على الأول ووقوع الثاني على الثالث وهذا أقيس لأن وقوعه على غير سبب في تلفه كوقوع غيره عليه. وهكذا ذكر الشيخ أبو حامد الأول إذا رمى نفسه فألقى آخر نفسه عليه فمات الأول أن ضمانه على الثاني، وعلى ما ذكره القاضي يجب أن يكون نصفه هدر إذا مات الثالث فديته صدر لأنه تلف برمي نفسه. انتهى. وهكذا أورده الروياني في البحر على عادته في الأخذ من الشامل وأورده في البيان أيضاً وجزم الماوردي في الحاوي وسليم في المجرد وغيرهما بمقالة الشيخ أبي حامد وقال الشاشي: إنه المذهب وجزم الكل بأن دية الأول على عاقلة الثاني والثالث نصفين ولم يحكوا في ذلك خلافاً.
(٥) في أ: هلك. (٦) في ز: الإتلاف.

وقوله: «فضمانُهُما على عَاقِلَةِ الحافِرِ»، يجوز أن يُعْلَم بالواو؛ لأن الحافر، وإن قدر أنه كالمَكْرَهِ، فقد قدَّمنا وجهاً؛ أن ضمان المال علَى المُكْرِهِ، دون المكْرَه.

وكذا قوله: «حتَّىٰ يرجِعُوا به علَىٰ عاقلة الحافر» لوجهِ آخر، أنَّ الضمان يتقرَّر عليهما بالسوية، فلا يرجع المكره، إذا غرم النصف.

وقوله: «بنصْفِ الدية» يوافقُ قَوْلَ من قال: إن الضَّمَان الذي يتعلَّق بالثاني نصْفُ الدية لا جميعها، [والله أعلم].

الحالة الثانية: أنْ يقَعَ الثاني في البئْر بجذب الأول، فإذا تَزَلَّق على طرف البئر، فجذب غيره، ووقع في البئر، ووقع المَجْذُوب فوقه، فماتا، فالثاني هلك بجَذْب الأول، فكأنه أخذه، وألقاه في البئر إلاَّ أنه قَصَد الاستمساكَ والتحرُّز عن الوقوع، فكان مخطئاً؛ ووجب ضمان الثاني على عاقلته، وأما الأول، فإن كان الحفْرُ عدواناً، ففيه وجهان:

أحدهما، ويحكَىٰ عن الخُضَرِّي: أنه مُهْدَر لا يتعلَّق شيءٌ من ضمانه بحافر البئر؛ لأن الحفر سبَبٌ، والذي وجد منه، وهو جذب الثاني مباشرة، فصار كَمَا إذا حفر بئراً عدواناً، وطرح آخر فيها نفْسَه لا يجب على الحافر شيْءٌ من ضمانه.

والثاني: أنَّه يجبُ نصف ديته على عاقلة الحَافر، ويُهْدَر النصْفُ؛ لأنه مات بسببين؛ صدمةِ البئرِ، وثِقَلِ الثاني، والثَّاني: فعلُه، فيهدَرُ النصفُ، ويجب النصف، وهذا أصحُّ على ما ذكره الشيخ أبو عليٍّ وغيره، وأجاب الشيخ عن الأول؛ بأن ابتداءَ السقوط والتردِّي لم يكن بفعْلِهِ واختياره، والجَذْب وجد بعْدَ ذلك، كأنه زَلَقَتْ رِجْلُه، أو انهار طَرَفٌ من أطراف البئر، فتعلَّق بغيره مستمسكاً، فانقلع الغَيْرُ معه، ويخالف ما إذا طرح نفسه في البئر قصْداً؛ فإنه أحدث سبب الهلاك باختياره، وإن لم يكن الحفر عدواناً، فالأول مُهْدَر بلا خلاف، وليحمل على هذه الحالةِ إطلاقُ من أطلق القولَ بإهدار الأول، وقد أطلقه كثيرون[1]، ولو كان التصويرُ كما ذكرنا، وجذب الثاني ثالثاً، وماتوا جميعاً، فأما الأول، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يُهْدَر نصْفُ ديته لجذْبه الثاني، ويجبُ نصفها على عاقلة الثَّاني؛ لجذْبه الثالث، فإنه مات بثقلهما، وهذا ما أورده جماعةٌ، منهم صاحبُ «التهذيب» والقاضي الرويانيُّ، وهو مبنيٌّ على أن الحفْر لا أثر له مع الجَذْب.

---

(١) منهم الماوردي والروياني وابن الصباغ وصاحب البيان وغيرهم وعلى هذا فيرتفع الخلاف في المسألة لكن الطبري في العدة حكى عن الحصري التصوير في التعدي.

وأَظْهَرُهُمَا، وهو المذكور في الكتاب: أنه مات بثلاثةِ أسبابٍ، صدمةِ البئر، وثِقَلِ الثاني والثَّالث، فيهدر لما حَصَل بفعله، وهو ثقلُ الثاني ـ ثُلُثُ الدية، وينظَرُ بعد ذلك؛ إن كان الحفر عدواناً، فيجب ثلث الدية[1] على عاقلة الحافر، وثلثُهَا على عاقلة الثاني؛ لجذبه الثالث، وإن لم يكن الحفرُ عدواناً، فيهدر ثلث آخر، ويجب الثلث على عاقلة الثاني، وذكر ابن الحَدَّاد؛ أنه مات بالوقوعِ في البئرِ، ويَجذبْه الثاني، فيهدَرُ نصْف ديته، ونصْفُها على عاقلة الحافر، وأعْرَضَ عن النظر إلى تأثره بثقل الثالث، وهو غيْرُ مرضيٍّ عند الأصحاب.

وأما الثاني: فإنه ماتَ بجَذْب الأول وإلقائه إياه في البئر، وبثقل الثالث، وثقلُ الثالثِ حَصَل بفعله، فيُهْدَرُ نِصْفُ ديته، ويجب نصفها على الأول، ولا أثر للحَفْر في حقِّه؛ إذ جذب وألقى فيها.

وأما الثَّالث: فإنه لم يوجَدْ منه ما يؤثِّر في هلاكه، فيجب تمام ديته، وعلى مَنْ تجب؟ فيه وجهان:

أصحهما: أنه على الثاني؛ لأنه الذي جَذَبَهُ، وأوْقَعَه في البئر.

والثَّاني: على الأوَّل والثاني جميعاً؛ لأنه لما جذب الثاني الثالثَ، والأوَّلُ الثانِيَ، صار الثالث مجذوباً بالقوتَيْن جميعاً.

ويجوزُ أن يُعْلَم؛ [لما ذكرنا][2]، قولُه في الكتاب في حقِّ الأول: «فَيُهْدَرُ ثُلُثُ دِيَتِهِ» بالواو.

وكذا قوله في آخر الفصْل «على الثاني»؛ إشارةً إلى الوجه الذاهب إلَىٰ أن ديةَ الثالثِ على الأول، والثاني مَعَهُ، لا على الثاني وحْده.

[ولو كانَتِ][3] الصورةُ بحالها وجذبَ الثَّالِثُ رابعاً، وماتوا جميعاً، ففي الثلاثة الأولِينَ وجوه:

أصحها: أن الأول مات بأربعة أسبابٍ؛ صدمةِ البئرِ، وثقلِ الثلاثةِ؛ فيهدَرُ ربع ديته؛ لجذبه.

الثاني، ويجبُ الربعُ على عاقلة الحافِرِ، إن كان الحفْرُ عدواناً، ويهدر أيضاً إن لم يكن عدواناً، ويجب الربع على عاقلة الثاني؛ لجذبه الثالثَ، والربُعُ[4] على عاقلة الثالث؛ لجذبه الرابع، وأمَّا الثاني، فلا أثر للحَفْر في حقه، وقد مات بجَذْب الأوَّل

---

(١) في: ثلثها.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في ز.
(٤) في ز: والرابع.

إياه، ويثقل الثالث والرابع، فيُهْدَر ثلث ديته، ويجب ثلثها على الأوَّل، والثُّلُث على الثالث، وأما الثالثُ، فقد مات بجَذْب الثاني إياه، وبثقل الرابع، فيُهْدَر نصْفُ ديته، ويجب نصْفُها علَىٰ عاقلة الثاني.

والوجه الثاني: أنه لا يجبُ للأول شَيْء؛ لأنه باشر قَتْل نفسه بجذب الثاني، وما تولد من جذبه، ودية الثاني يُهْدَرُ نصْفُها بجَذْبه الثالثَ، ويجبُ نصْفُها على عاقلة الأول؛ لجذبه إياه، وديةُ الثالثِ يُهْدَرُ نصفها لجذْبه الرابعَ، ويجبُ نصفُها على عاقلة الثاني؛ لجذبه إيَّاه، وقضيةُ هذا الوجْه: ألا يجبَ للأولِ في صورة الثلاثةِ شَيْءٌ أيضاً، وإن لم يذكُرُوهُ هناك.

والثالث: أنه يجعلُ دية الأول أثلاثاً، فيهدَرُ ثلثها، ويجبُ الثلث على عاقلة الثاني، والثلُثُ على عاقلة الثالث؛ لأنه هَلَك بفعلِ نفسه وفعْلِ الثانِي والثالِث؛ لأن أفعالهم مباشرةٌ، فَيُقَدَّم على الحَفْر الذي هو السبب، وكذلك، تجعلُ دية الثاني أثلاثاً، فيهدر ثلثها؛ لجذبه الثالث، ويجب الثلث على عاقلة الأول؛ لجذبه إياه[1]، والثلث على عاقلة الثالث، [وأما الثالث، فَيُهْدَرُ أيضاً] ثلثها؛ لجذبه الرابعَ، وكذلك تجعلُ ديةَ الثالثِ أثلاثاً، فيهدر ثلثُها؛ لجَذْبه الرابعَ، ويجب ثلثها على عاقلة الأول، وثلثُها على عاقلةِ الثاني؛ لأن الأوَّل جَذَب الثانيَ، والثانِيَ جذَبَ الثالثَ؛ فكأنهما شاركاه في إهْلاَك نفسه.

والرابع، حكاه أبو سَعْدِ المتولِّي، أن للأول رُبُعَ الديةِ، إن كان الحفر عدواناً، وللثانِي الثلثُ، وللثالثِ النصفُ، وللرابع كمالُ الدية؛ لما رُوِيَ أنَّ ناساً باليمن حَفَرُوا زُبْيَةً للأسد، فوقع الأسد فيها، فازدحم النَاسُ عليها، فتردَّى فيها واحدٌ، فتعلَّق بواحدٍ، فجذبه، وجذب الثاني ثالثاً، والثالثُ رابعاً، فرفع ذلك إلى عَلِيٍّ (كرم الله وجهه)، فقال: للأوَّلِ رُبُعُ الديةِ، وللثانِي الثلثُ، وللثالثِ النصْفُ، وللرابعِ الجميعُ، فرفع ذلك إلى النبيِّ ﷺ فَأمْضَىٰ قَضَاءَهُ، والمعنى فيه؛ بأن الأوَّل ماتَ بالوقَوع في البئر، ووقوع الثلاثة فوْقَهُ، ووقوعهم نتيجة فعله، ولم يتعلَّق به ضمان، وموت الثانِي بجَذْب الأول، ووقوع الاثنين فوقه، ووقوعهما من نتيجة فعْله، فوجب ثلث الدية، وموت الثالث مِنْ جذب الثاني، ووقوع الرابع فوقه، وذلك مِنْ فعله؛ فوجب النصفُ، والناصرُونَ للأصحِّ في المسألة لم يثبتوا قصَّةَ عليٍّ (كرَّم الله وَجْهَه)، وربما تكلَّفوا تأويلها، واتفاق الوجوه تجبُ دية الرابع بكمالها، لكنها على من تجبُ؟ فيه وجهان:

أصحهما: على الثالث.

---

(١) سقط في ز.

والثاني: على الجميع. وقد مرَّ نظيرُهما، وجميعُ ما ذكرنا فيما إذا وقع الثلاثةُ أو الأربعةُ بعْضُهم فوق بعض.

أما إذا كانتِ البئرُ واسعةً، وجذب بعضهم بعضاً، لكن وقع كلُّ واحد منهم في ناحية من البئر، فديةُ كلِّ مجذوبٍ على عاقلة جاذِبه، وديةُ الأولِ علَىٰ عاقلة الحافِرِ، إن كان متعدياً، ومن على عاقلة ديةُ بعضهم أو بعضُها في هذه الصورة، وجبت في ماله الكَفَّارة، ويقع النظر في أنَّها هل تتجزأ، ومَنْ أَهْدرَ دمُه، أو شيْءٌ منه لفعْلِهِ، ففي وجوب الكفارة عليه الخلافُ في أن قاتِل النفْسِ، هل يلزمه الكفارة؟

قال الغَزَالِيُّ: **الطَّرَفُ الرَّابعُ فِيمَا يُوجِبُ الشَّرِكَةَ كَمَا إِذَا اصْطَدَمَ حُرَّانِ وَمَاتَا فَكُلُّ وَاحِدٍ شَرِيكٌ فِي قَتْلِ نَفْسِهِ وَقَتْلِ صَاحِبِهِ فَفِي تَرِكَةِ كُلِّ وَاحِدٍ كَفَّارَتَانِ وَعَلَىٰ عَاقِلَةِ كُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُ دِيَةِ صَاحِبِهِ إِلاَّ إِذَا كَانَا مُتَعَمِّدَيْنِ فَهِيَ فِي تَرِكَتِهِمَا، فَإِنْ كَانَا رَاكِبَيْنِ زَادَ فِي تَرِكَةِ كُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُ قِيمَةِ دَابَّةِ صَاحِبِهِ، فَإِنْ غَلَبَهُمَا الدَّابَّتَانِ أُهْدِرَ الهَلاَكُ عَلَىٰ أَحَدِ القَوْلَيْنِ إِحَالَةً عَلَى الدَّوَابِّ، وَفِي الثَّانِي يُحَالُ عَلَىٰ رُكُوبِهِمَا، فَإِنْ كَانَا صَبِيَّيْنِ أَرْكَبَهُمَا أَجْنَبِيٌّ مُتَعَدِّياً فَحَوَالَةُ الكُلِّ عَلَى الأَجْنَبِيِّ، وَإِنْ أَرْكَبَهُمَا الوَلِيُّ فَلاَ حَوَالَةَ عَلَيْهِ بَلْ هُوَ كَرُكُوبِ الصَّبِيَّيْنِ بِنَفْسِهِمَا، وَإِنْ أَرْكَبَ الوَلِيُّ لِأَجْلِ زِينَةٍ لاَ حَاجَةٍ فَفِي تَقْيِيدِهِ بِشَرْطِ سَلاَمَةِ العَاقِبَةِ فِي حَقِّ الوَلِيِّ وَجْهَانِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: غرضُ الطرفِ الكلامُ في الاصطدامِ وما يناسبه، وفيه مسائل:

الأولى: إذا اصطدم ماشيَانِ، فوقَعَا، وماتا، فكلُّ واحدٍ منهما ماتَ بفعْله وفعْلِ صاحبه، فهو شريكٌ في القتلين، فيكونِ فعْلُه هدراً في حقِّ نفسه، ومضموناً في حقِّ صاحبه؛ كما لو جرح نفسه، وجَرَحَه غيرُهُ، ومات من الجراحَتَيْنِ، يسقطُ نصف الدية، ويجبُ على ذلك الغَيْر نصفها، وإذا تحقَّق ذلك، فعَلَىٰ كلِّ واحد منهما كفَّارةٌ لقتلِ الآخَرِ، إن قلنا: إن الكفارةَ لا تتجزأ، ونِصْفُ كَفَّارَةٍ، إن قلنا: إنَّها تتجزأ، ثم إن لم نوجبِ الكفارة على قاتل النفس، لم يلزم واحدٌ منهما بشركته في قتل نفسه كفارةٌ، وإن أوجبنا، فيعود الخلافُ في التجزؤ، والصحيحُ: أن الكفارة لا تتجزأ، وأنَّ قاتل النفس يلزمه الكفَّارة على ما سيأتي، إن شاء الله تعالى، والمسألتان في باب الكفارة.

وقوله ههنا: «ففي تركةِ كلِّ واحدٍ كفَّارَتَان»؛ اقتصاراً على الصحيحِ في المسألتَيْن، ويجوز أن يُعْلَم بالواو.

وأمَّا الديةُ، فيجب نصف ديةِ كلِّ واحد منهما، ويسقط نصفُ الديةِ بفعْله؛ لِمَا ذكَرْنا، وبه قال مالك، وقال أبو حنيفةَ، وأحمدُ: يجبُ لكلِّ واحد منهما كمالُ ديته.

ثم إنْ لم يقصد الاصطدامُ بأن اتفق ذلك في ظلمة، أو كانا أعْمَيَيْن، أو مدَّبَرَيْن، فاصطدما من خلفٍ، أو كان كلُّ واحد منهما غافلاً عن الآخر، فهو خطأٌ محضٌ، فيجب على عاقلة كلِّ واحد منهما نصْفُ دية الآخر مخفَّفة، وإن تعمَّد الاصطدام، فوجهان:

الذي نصره الأكثرونَ ونقل عن نَصِّه ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ في «الأم»: أن القتلَ الحاصلَ شبْهُ عمد؛ لأن الغالب أنَّ الاصطدامَ لا يفضي إلى المَوْت، فلا يتحقَّق فيه العمدُ المحضُ؛ ولذلك لا يتعلَّق به القصاصُ، إذا مات أحدهما دون الآخر، وعلى هذا فيجبُ على عاقلة كلِّ واحد منهما نصفُ دية الآخر مغلَّظة، وعن أبي إسحاق؛ أن الحاصل عمْدٌ محضٌ، ويجب في تركة كلِّ واحد منهما نصْفُ دية الآخر، وهذا ما أورده صاحبُ الكتاب، والإمامُ، وجعل وجوب القصاص على الخلاف في شريكِ النَّفس، وقال: إذا اصطدما مقبلَيْنِ، وقَصَدا الصدْمة، فالذي صدر عن كلِّ واحد منهما عَمْدٌ مَحْضٌ، وإذا كانا مقبلَيْنِ، واتفق الاصطدام، لا عن قصد، فهذا يلتحق بشبه العمد، وهذا غَيْرُ واضح.

وليعْلَمْ؛ لما ذكرنا، قولُه في الكتاب: «فهو في تَرِكَتِهِمَا» بالواو، ولو تعمَّد أحدهما الصدمةَ دون الآخر، فلكلِّ واحدٍ منهما حُكْمه.

وقوله في أوَّل الطرف: «كما إذا اصْطَدَمَ حُرَّان» أشار به إلَىٰ أنه لو كان المصطَدِمَان عبْدَيْن، كان الحكْمُ بخلاَف ما ذكرنا، وسيأتي من بعد.

الثانية: إذا كان المصطدمانِ راكبَيْن، فحكم الدية والكفَّارة ما بيَّنَّاه، ولو تلفت الدابتان، ففي تركة كلِّ واحد منهما نصْفُ قيمة دابة الآخر؛ لاشْتراكِهما في إتلاف الدابَّتَيْنِ، وعن أبي حنيفة، [أنه يجب] علَىٰ كلِّ واحد منهما تمامُ قيمة دابَّة الآخر، ولا مجالَ في القيمة لتحمُّل العاقلة، وقد تقعُ في التقَاصِّ، ولا تقع الديةَ فِي التقاصِّ؛ لأنها تجبُ على العاقلَةِ، ويستحقُّها الورثة، ولو غَلَبَت الدابتان، وجرى الاصطدام، والراكبانِ مغلوبانِ، ففيه طريقانِ، نقلهما صاحبُ «التهذيب» وغيره:

أحدهما: أن هلاكهما وهلاك الدابَّتَيْنِ، والحَالَةُ هذه، مُهْدَرَان؛ لأنه لا صنع ولا اختيار للراكبين فيما جَرَىٰ، فصار كالهلاك بالآفة السماوية.

والثاني: أن الحُكْم كما لو لم يكُونا مغلوبَيْن؛ لأن الركوبَ كان بالاختيار، والركوبُ لا يتقاعَدُ في التَّسَبُّب عن حَفْر البئر، ولذلك كان الراكبُ في عُهْدة ما تتلفه الدابَّة، وهذا أظهرُ، إن أثبتنا الخلافَ.

والثاني: القطْعُ بأن المغْلُوب كغَيْره بخلافِ السفينتَيْن؛ لأنَّ السفينة تجْرِي بالرِّيح،

وليستِ الريحُ تحت ضَبْطِه، والدابَّةُ زمامُها وعنانُها بيده، فإذا غلبته، دلَّ ذلك على سوء فروسيته وتقصيره، ويجْري الوجهانِ فيما إذا غَلَبَتِ الدابَّةُ راكبَهَا، أو سائِقَها، وأتلفتْ مالاً، هل يسقط الضمانُ عنه؟

ويجوز أن يُعْلَم لذلك قولُهُ في الكتاب: «على أَحَدِ القولَيْنِ» بالواو، ولا فرق في اصطدام الراكبَيْن بين أن يتَّفِقَ جنْسُ المركوبَيْن، أو يختلفَ الجنْس والقُوَّة؛ بأن يكون أحدهما راكباً بعيراً، أو فرساً، والآخر راكباً بغلاً أَوْ حماراً، ولا في الراجلَيْنِ بَيْن أن يتَّفِق سيرهما قوَّةً وضعفاً، أو يختلفَ، بأنْ كان أحدهما يعْدُو، والآخر يمْشِي، ولا بَيْن أن يكونَا مقبلَيْن أو مدبرَيْن؛ كما إذا جرت[1] الدابَّتان، فاصطدما من خَلْف، أو أحدُهما مقبلاً، والآخر مدبِراً؛ لأنَّ الاصطدام والحركة المؤثِّرة إذا وجدتْ منهما جميعاً، اكتفى به، ولم ينظر إلى مقادير المؤثِّر، وتفاوت التأثيرِ كالجراحَةِ الواحدة والجراحات، نَعَمْ، قال الإمامُ: لو كانتْ إحدى الدابَّتين ضعيفةً؛ بحيث يقطع بأنه لا أثر لحركتها، مع قوة الدابَّة الأخرى، فلا يناط بحركتها حُكْم؛ كغرز الإبْرة في جلْد العَقِبِ مع الجراحات العظيمة[2]، ولا فَرْق بين أن يقع المُصْطَدِمان مُنْكَبَّيْنِ أَوْ مُسْتَلْقِيَيْنِ، أو أحدهما منكبّاً، والآخر مستلقياً، وقال أبو حنيفةَ: إنما يجبُ الضمان، إذا وقعا مُسْتَلْقِيَيْنِ، فأما إذا وقعا منكبَّيْنِ، فهما مُهْدَران؛ لأن الانكباب إنما يحصل بفعل المنكَبِّ، لا بفعل الآخر، وإذا وَقَع أحدهما منكبّاً، والآخر مستلقياً، فالمنكب هَدَر، وضمان المستلقي على عاقلة المُنْكَبِّ، وعن المُزَنِيِّ؛ أنه ساعده في «المنثور» فيما إذا وقع أحدهما منكبّاً، والآخر مستلقياً، وعن صاحب «التلخيص» مثله؛ تخريجاً، ويقال: إنه وافق أبا حنيفةَ في المنكبَّيْنِ أيضاً، وإنَّ الأصحاب مَنْ تابعه علَىٰ تخريجه، وعامتهم قالوا: الانكبابُ أثرُ الصَّدْمة، والصدمة بينهما، فأشبه الاستلقاء، ولو اصطدم ماشٍ وراكبٌ لطول الماشِي[3]، وهَلَكا، فالحكم علَىٰ ما بيَّنَّا.

«فَرْعٌ»

تجاذب اثنانِ حَبْلاً، فانقطع وسقَطَا، وماتا، فيُهْدَر من دية كلِّ واحد منْهما النصفُ، ويجب النصفُ على عاقلة الآخر؛ لأنَّ كل واحدٍ منهما هَلَك بفعْلِ نفسه وفعْلِ الآخر، ولا فرق بين أن يقعا منكبَّيْن أَوْ مستلْقِيَيْنِ، أو أحدهما هكذا، والآخر هكذا،

---

(١) في ز: خربت.

(٢) لم يبين الحكم على هذا والحكم أنه ينزل صاحب الدابة الضعيفة منزلة الواقف فيهدر صاحب الدابة القوية وعلى عاقلته دية الماشي.

(٣) في ز: بطول الماشي.

وقال أبو حنيفةَ: إنْ وقعا منكبَّيْن، فعلى عاقلة كلِّ واحد تمامُ دية الآخر، وإنْ وقعا مستلْقِيَيْنِ، فهما مُهْدَران؛ لأن انكباب كلِّ واحد منهما ههنا يكون بفعل الآخر، والاستلقاء يكون بفعْله، لا بفعلِ الآخر علَىٰ نقيض ما سبق في الاصْطِدام، ولو وَقَع أحدهما مستلقياً، والآخر منكباً. قَدَمُ المستلقي هَدَر، وعلَىٰ عاقلته جميعُ دية المنْكَبِّ، وقياسُ ما حكينا عن المُزَنِيِّ وصاحب «التلخيص» موافقته، وذكر صاحب «التهذيب» فيما إذا انكب أحدهما، واستلقَى الآخر؛ أنه يجب على عاقلة المستلقي نصْفُ دية المنكبِّ مغلَّظة، ويجبُ على عاقلة المنْكَبِّ نصفُ ديةِ المستلْقِي مخفَّفة، وهذا إنْ صحَّ[1]، اقتضى أن يقال في صورة الاصطدام، إذا انكب أحدهما، واستلقى الآخر، يجبُ على عاقلة المستلقِي نصْفُ دية المنكبِّ مخفَّفة، وعلى عاقلة المنكبِّ نصفُ دية المستلقي مغلَّظة، ثم الفرع مصوَّر فيما إذا كان المتجاذبان مالكَيْن للحَبْل أو غاصِبَيْنِ، فأما إذا كان أحدهما مالكاً، والآخر ظَالِماً[2]، فَدَمُ الظالم مُهْدَرٌ، وعلى عاقلته نصفُ دية الآخر، ولو أرخَىٰ أحد المتجاذبَيْن، فسقط الآخر، ومَات، فنصف ديته على عاقلة المُرْخِي، ونصفُها هدر؛ لأنَّ سقوطه إنما يكون بالإرخاء بقوَّة جَرِّهِ، ولولا جرُّه، لما سقط بالإرخاء، ولو قَطَع الحبلَ الذي يتجاذبانه قاطعٌ، فسقطا، وماتَا فديتهما جميعاً على عاقلة القَاطِع.

«فَرْعٌ»

ما ذكرنا أنه يُهْدَر نصفُ قيمة الدابَّة، ويجب النصف الآخر؛ فيما إذا كانت الدابَّة ملكاً للراكب، فأما إذا كانتْ مستعارةً أو مستأجرةً، فلا يُهْدَرُ منها شيْءٌ؛ لأن العاريَّةَ مضمونةٌ، وكذا المستأجِرُ إذا أتلف المستأجَرَ.

الثالثةُ: بيَّنَّا حكم اصطدام البالغَيْن العاقلَيْن في حالتَي المشْيِ والركوب، فأما إذا اصطَدَمَ صبيان أو مجنونانِ، نُظِرَ؛ إن كانا ماشيَيْن، أو راكبَيْن، وقد ركبا بأنفسهما، فالحكْمُ كذلك، إلا أنا إذا أوجبْنَا الديةَ، هناك مغلَّظة، فيبنى ههنا على أن الصبيَّ، هل له عَمْدٌ، إن قلنا: نعم، فكذلك، وإلا، فتجبُ، مخففة وإن أركبهما مَنْ لا ولايةٌ له عليهما، فلا يُهْدَرُ شيْء من ديتهما، ولا قيمةَ للدابَّتَيْن، ولا شيءَ على الصبِيَّيْن، ولا على عاقلتهما، ولكنْ إن كان المركبُ واحداً، فعليه قيمة الدابتين، وعلى عاقلته ديةُ الصبيين، وإن أركَبَ هذا واحداً، وهذا آخَرَ، فعلى كلِّ واحد منهما نصفْ قيمة كلِّ

---

(١) قوله «وهذا إن صح. إشارة للتوقف في إثباته وجهاً، وقد حكاه في البحر عن بعض الأصحاب ثم قال: وفيه نظر.

(٢) في ز: يطلبه.

واحد من الدابَّتَيْن؛ لأن الذي أركبه متعدياً أتْلَفَ النصفَيْن، فضمنه، وكذلك يَضْمَن ما أتلفت الدابَّة بيدها أو رِجْلها، وعلى عاقلة كلٍّ واحد منهما نصفُ دية الصبيِّ الذي أركبه، ودية الصبيِّ الآخر لجنايته علَىٰ نفسه، وجنايته على الآخر، هذا هو المشهُور، ووراءَه كلامان:

أحدهما، قال الشيخُ أبو حامدٍ: كان أبو القاسم الدَّارِكِيُّ، وأبو الحَسَنِ بْنُ المَرْزُبَانِ يقُولان: يجبُ علَىٰ عاقلةِ كلِّ واحدٍ من المُرْكَبَيْنِ ديةُ مَنْ أركبه، قال: وهذا لَيْسَ بشَيْء، والصوابُ الأولُ؛ لأن المُرْكِب المتعدِّي يضمن الصبيَّ الذي أركبه، وجنايته على غيره حتَّىٰ لو وقع الصبيُّ، ومات، يلزمه الضمان، ولو جنَىٰ على غيره، يضْمَن ذلك الغير، ولا يضمن جناية الغَيْر على الصبيِّ الذي أركبه، فلا يصحُّ القول بأنه يضمن من أركبه؛ لأن نصفه فَاتَ بجناية الغير، والذي أطلقه مِنْ أنه لو وقع الصبيُّ الذي أركبه، ومات، يضمنه ـ فيه تفصيلٌ في «التتمة»، فإنَّه قال: إن كان مثله لا يستمسكُ على الدابَّة، ولم يسنده، وجب الضمان، وإن كان يستمسك، فإن كان ينقله من موضع إلَىٰ موضع، فلا ضمان؛ أركبه الوليُّ أو غيره؛ لأنه لا يخاف منه الهلاك غالباً، وإن أركبه لتعلُّم الفروسية، فهو كما لو تلف في يد السَّبَّاح، وفي كلِّ واحدٍ من الإطلاق والتفصيلِ توقُّف.

الثاني: قال في «الوسيط»: لو أركب الصبيَّ متعدٍّ، وتعمَّد الصبيُّ، فيحتمل أن يحالَ الهلاكُ على الصبيِّ، إذا جعلْنا له عمداً؛ لأن المباشرة أولَىٰ من التسبُّبَ، لكن لَمَّا لم تكن مباشرتُه عدواناً؛ كصباه، أمكن أن يجعل كالتردِّي مع الحفر، والاحتمالُ حسنٌ، والحكم إنْ قيل به كالحكْم فيما لو ركبا بأنفسهما، والاعتذارُ عنه متكلِّف، ثم حقُّه أن يقال بمثله في الحَفْر، حتَى لو ألقى الصبيُّ نفسه في البئر عمداً يكون الضمان على عاقلة الحافر، والله أعلم. فهذا إذا أركبهما مَنْ لا ولاية له، وإن أركبهما وليَّاهما لمصلحتهما، ففي الضمان وجهان:

أصحهما: المنعُ؛ كما لو ركبا بأنفسهما؛ إذ لا تقصير.

والثاني، ويحكَىٰ عن القَفَّال: أنه يجب الضمان؛ لأن في الإركاب خطراً ظاهراً، فلا يرخَّص فيه إلا بشَرْط الضمان، إن لم تسلم العاقبة، هكذا أطلق حكاية الوجهين جماعةٌ، منهم صاحب «التهذيب»، وإبراهيم المروزيُّ، وخصص الإمامُ وصاحبُ الكتاب الوجهَيْن بما إذا كان الإركابُ لزينة، أو لحاجة غير مهمة، فأما إذا مسَّت حاجة[1] أرهقت إلى إركابه للنَّقْل من مكان إلى مكان، فلا خلافَ في أنه لا يتعلَّق [به]

---

(١) في أ: الحاجة.

الضمانُ، ثم الوجهان في الزينة، ونحوها، على ما ذكر الإمامُ ـ مخصوصانِ بما إذا ظهر ظَنّ السلامة، فأما إذا أركب الوليُّ[1] الطفلَ دابَّةً شرسةً جموحةً، فلا شكَّ في أنه يتعرَّض لخطَرِ الضمان. وقوله في الكتاب: «وإن أركب الوليّ؛ لأجل زينةٍ لا لحاجةٍ» فيه ما تبيَّن أن قوله أولاً: «وإن أركبه الوليُّ فلا حوالة عليه»، أراد به ما إذا أركبه لحاجةٍ، وإن أطلق الكلام إطلاقاً.

قال الغَزَالِيُّ: **فَإِنْ تَصَادَمَ حَامِلَتَانِ فَفِي تَرِكَةِ كُلِّ وَاحِدَةٍ أَرْبَع كَفَّارَاتٍ؛ لِأَنَّهُ أَهْلَكَ أَرْبَعَةَ أَنْفسٍ وَالكَفَّارَةُ لاَ تَتجزَّأ، وَقَاتِلُ نَفْسِهِ يَلْزَمُهُ الكَفَّارَةَ عَلَى الأَصَحِّ فِي المَسْأَلَتَيْنِ، وَعَلَىٰ عَاقِلَةِ كُلِّ وَاحِدَةٍ غُرَّةٌ نِصْفُهَا لِهَذَا الجَنِينِ وَنِصْفُهَا لِآخَرِ، وَحُكْمُ الدِّيَةِ مَا سَبَقَ، فَإِنْ كَانَا عَبْدَيْنِ فَهُمَا مُهْدَرَانِ، وَإِنْ كَانَ أَحَدَهُمَا عَبْداً فَنِصْفُ قِيمَةِ العَبْدِ فِي تَرِكَةِ الحُرِّ وَنِصْفُ دِيَةِ الحُرِّ تَتَعَلَّقُ بِتِلْكَ القِيمَةِ فَإِنَّهَا بَدَلُ الرَّقَبَةِ، فَإِنْ كَانَتَا مُسْتَوْلدَتَيْنِ وَتَسَاوَتِ القِيمَتَانِ تَقَاصَّتَا، وَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا تُسَاوِي مَائتَيْنِ وَالأُخْرَىٰ مَائَةً فَضَلَ لِصَاحِبِ النَّفِيسِ خَمْسُونَ بَعْدَ التَّقَاصِّ، وَإِنْ كَانَتَا حَامِلَتَيْنِ وَقِيمَةِ كُلِّ غُرَّةٍ أَرْبَعِينَ فَصَاحِبُ النَّفِيسَةِ يَسْتَحِقُّ مَائَةَ وَعِشْرِينَ مِنْ جُمْلَةِ مَائَتَيْنِ وَأَرْبَعِينَ وَلَكِنْ قِيمَةُ الخَسِيسَةِ مَائَةٌ، وَلاَ يَجِبُ عَلَىٰ سَيِّدِ المُسْتَوْلِدَةِ إِلاَّ أَقَلُّ الأَمْرَيْنِ فَعَلَيْهِ مَائَةٌ لَكِنَّهُ يَسْتَحِقُّ سَبْعِينَ مِنْ جُمْلَةِ مَائَةٍ وَأَرْبَعِينَ فَيَفْضُلُ عَلَيْهِ ثَلاَثُونَ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: اصطدامُ المرأتينِ كاصطدام الرَّجُلَيْنِ، ولو اصطدمَتْ حاملان، فماتتا، وألقيتا الجنينَيْنِ، فيجبُ في تركة كلِّ واحدة أربعُ كفَّاراتٍ؛ كفَّارة لنَفْسِها، وكفَّارة لجنينها، وثالثةٌ لصاحبتها، ورابعةٌ لجنينها؛ لأنَّهما اشتركا في إهْلاكِ أربعةِ أشخاصٍ، هذا إذا أوجبنا الكفَّارة على قاتل النفسِ، وقلْنا: الكفَّارة لا تتجزأ وإن لم نوجبِ الكفَّارة على قاتلِ النفسِ، عادت إلى ثلاثٍ، وإن قلنا: بالتجزئة، عادَتْ إلى ثلاثة أنصافٍ[2]، ويجب على عاقلةِ كلِّ واحدة نصْف غرة لجنينها[3]، ونصف غرة لجنين للأخْرَىٰ؛ لأنَّ المرأة، إذا جَنَتْ على نفسها، فألْقَتْ جنينها، وجبت الغُرَّة على

---

(١) لم يبينوا المراد بالولي بل ظاهر كلامهم أنه ولي المال، والذي يقتضيه كلام الشافعي أنه ولي الحضانة الذكر، ولهذا قال: إن حملهما عليها أبواهما أو ولياهما في النسب، ومنه يؤخذ أن المعتق لا يدخل في ذلك ولا كل الإناث ولا كل ذكر لا حق له في الحضانة. نعم ظاهر هذا السبب أن السلطان لا مدخل في ذلك فينبغي أن يحمل على أنه أراد به الولاية الخاصة وإلا فالسلطان له مدخل في الحضانة عند عدم الولي الخاص لأنه ولي من لا ولي له.

(٢) في ز: أصناف. (٣) سقط في ز.

عاقلتها، كما لو جَنَتْ على حامل أخرَىٰ، فلا يهدر من الغُرَّة شيء، وأما الدية، فتجب نصفها، ويهدر نصفها على ما مَرَّ.

الخامسة: إذا اصطدم عَبْدَانِ، فمات أحدهما، وجب نصف قيمته متعلقاً برقبة الحيِّ، وإن ماتا، فهما مهدران؛ لأن ضمان جناية العبد تتعلَّقَ برقبته، فإذا فاتت الرقبة، فَاتَ محلُّ التعلُّق، ولا فرق بين أن تختلف القيمتانِ، أو تتَّفقا، وإن اصطدم حُرٌّ وعبْدٌ، ومات العبد، فنصفُه هَدَر، ويجبُ نصف قيمته، ويكون على الحر أو على عاقلته، فيه الخلافُ في أنَّ قيمة العَبْد، هَلْ تتحمَّلها العاقلة، وإن مات الحرُّ، وجب نصف ديته متعلقاً برقبة العبد، وإن ماتا معاً، فإن قلنا: قيمة العبد لا تتحمَّلها العاقلةُ، وجب نصف قيمة العبد في تركة الحُرِّ، ويتعلَّق به نصف دية الحُرِّ، فإنه كان يتعلَّق برقبة العبد، فإذا فاتت، تعلَّق ببدلها كَمَا أن العبد الجانِيَ الذي تعلَّق الأرش برقبته إذا قيل: ينتقلُ التعلُّق إلى قيمته، ثم إن تساوياً، قال الأئمة: يتقاصَّان، وليحملْ ذلك علَىٰ أنه يقع في صورة التقاصِّ، ثم إنما يكون ذلك إذا اتَّحَدَ الجنسُ، بأنْ أعوزت الإبل، ورجع الواجب إلى نقد البلد، وإلا فالدية الإبلُ، وقيمةُ العبدِ نقْدُ البلد، وإذا اختلف الجنْسُ، لم تكن الصورة صورةَ التقاصِّ، وإن كان نصف القيمة أكثرَ، فللسيد أخذُ الزيادةِ من تركة الحُرِّ، وإن كان نصفُ الديةِ أكثرَ، فالزيادة مهدرةٌ؛ لأنه لا محلَّ تتعلَّق به، وإن قلْنا: إن قيمة العبد، تتحمَّلها العاقلةُ، فنصف قيمة العبد على عاقلة الحُرِّ، ويتعلَّق به نصفُ دية الحر، كما ذكرنا، فيأخذ السيد من العاقلَةِ نصفَ القيمةِ، ويدفع نصف الدية إلى الورثة، إما من عين المأخوذِ، أو غيره، ولا تقاصَّ[1] ههنا؛ لأنَّ المستحَقَّ عليه غير المستحِقِّ إلاَّ أن يكون الورثةُ هم العاقلةَ، قال الإمام: والوجه أن يثبت لورثة الحرِّ مطالبةُ العاقلة بنصْف القيمة، وإن كان المِلْك فيه للسيد، ليتوثَّقوا به، وكذلك إذا تعلَّق الأرش برقبة عبْدٍ، فجاء أجنبيٌّ، وقتل العبد يثبت للمجنيِّ عليه مطالبة قاتِلِ الجاني بالقيمة، ويثبت للمرتَهن مطالبةُ قاتلِ العبدِ المرهُونِ بالقيمة، ليتوثَّق به، وليكنْ هذا مبنيّاً على أنَّه، هل للمرتهن أن يخاصم الجانيَ، وفيه خلافٌ ذكرناه في الرهْنِ، وقلنا: إن الأصحَّ أنه لا يخاصم، وبتقدير أن يخاصم، ويأخذ؛ فإما أن يصير المأخوذُ ملكاً للراهن، أو لا يصير ملكاً له؛ فإن لم يَصِرْ ملكاً له، فكيف يتوثَّق بما ليس ملكاً للراهن، ولا أَذِنَ في التوثق المالك، وإن صار ملْكاً له، ففيه جَعْل المرتهن نائباً عنه نيابةً قهريةً، وهو بعيد.

السادسةُ: إذا اصطدمَتْ مستولَدَتَانِ لشخصَيْن[2]، وماتتا، فنصف قيمةِ كلِّ واحدة منهما هَدَرٌ لشركتها الأخرى في قَتْل نفسها، ويجب نصفُ قيمتها على سَيِّد الأخرَىٰ؛

---

(١) في ز: يقاص.

(٢) في ز: لشخصين وماتا.

لأن ضمان جناية المستولَدَة تكون علَىٰ سيدها على ما سيأتي، إن شاء الله تعالَىٰ، وتبين هناك أنَّ الذي يضمَنه على الصحيح أقَلُّ الأمرين مِنْ أرشِ الجنايةِ، أو قيمة المستولَدَة، فعلَىٰ كل واحدٍ أقلُّ الأمرين من قيمة مستوْلَدَتِهِ، ونصف قيمة مستولَدَة الآخر، فإنِ استوَىٰ ما يستحقُّ كلُّ واحد منهما، وعليه فهو من صُوَرِ التقاصِّ، ففيه أقوال التقاصِّ، وإلا رجع مستحِقُّ الزيادة على الآخر بالزيادة.

مثاله: إحداهما تساوي مائتَيْنِ، والأخرَىٰ مائةً، فصاحب النفيسةِ يستحقُّ مائةً، وصاحب الخسيسةِ يستحقُّ خمسين، فتذهب خمسونَ بخَمْسين، يفْضُل لصاحب النفيسة خمْسُونَ، ولو كانتا حاملتين، وماتتا، وأجهضتا الجنينيْن، فحكم القيمة ما ذَكَرْنا، وأما ضمان الجنينَيْن، ففي «التتمة»: أنهما إن كانتا حاملَيْن برقيقين فعلَىٰ سيِّد كلِّ واحدة، مع نصف قيمة الأخرى نصْفُ عشر قيمتها أيضاً، وذلك في مقابلة نصف الجَنِينَ؛ فإنَّ الجنين الرقيقَ يضْمَن بعُشْر قيمة الأمِّ، وإن كانتا حاملَيْن بولدَيْن حُرَّيْن، فعلَىٰ كلِّ واحد من السيِّدين مع نصف قيمة الأخرى غُرَّةٌ، نصْفُها لجنين مستولَدَته، ونصفُها لجنين الأخرَىٰ؛ لإهلاكهما الجنينَيْن؛ كما ذكرنا في الحرتين، وإن كانتا حاملتين بولدَيْن حُرَّيْن من السيدَيْن، وهو المرادُ مما أطلقه صاحبُ الكتاب، بل الجمهور، فنصفُ كلِّ جنين هدَرٌ؛ لأن المستولَدَة إذا جَنَتْ على نفسها، وألقت الجنين، فهو هَدَر علَىٰ كلِّ واحد من السيدَيْن نصْفُ غُرَّة جنين الأخرى، وتصير الصُّورة من صور التقاصِّ، وإذا فضل لأحدهما شيْءٌ، أخذ تلك الزيادة.

المثال فيهما: قيمتُها مائتانِ، ومائةٌ؛ كما مَرَّ، وقيمة الغُرَّة أربعون، فصاحب النفيسة يستحقُّ مائة وعشرين، لكن قيمة الخسيسة مائةٌ، والصحيح أنَّ سيِّد المستولَدَة، لا يضْمَن إلاَّ أقَلَّ الأمْرَيْن؛ على ما أشرنا إليه، فإذن ليس لَهُ إلاَّ مائةٌ، وصاحب الخسيسة يستحِقُّ عليه سبعين، نِصفُ مائةٍ وأربعين، فسبعون من المائة تصير قصاصاً بالسبعين، يبقَىٰ على صاحبِ الخسيسةِ ثلاثُونَ، يأخذها صاحب النفيسة منه، هذا إذا لم يكنْ لواحدٍ من الجنينَيْن وارثٌ سوى أبيه، وقد يفرض للجنين مع الأبِ وارثٌ آخر، وهو الجَدَّة أُمُّ الأمِّ لا غير، فإذا كان لكلِّ واحد من الجنينَيْن جَدَّة، فلكل واحدٍ منهما سُدُسُ الغُرَّة، نصفه على سيد بنتها، ونصفه على سيِّد الأخرى؛ وذلك لأن المستولَدَة إذا جَنَتْ على نفسها، ولَها أمٌّ حرةٌ، يغَرَّم السيدُ لها سُدُس الغُرَّة؛ كما يغرَّم جناية المستولدة على الأجانب، ثم الباقي الذي يستحقُّه كلُّ سيِّد على الآخر يقع فيه التقاصُّ، فإنْ كان لأحدِ الجنينَيْن جَدَّة دون الآخر، فعلَىٰ كلِّ واحد من السيدَيْن نصفُ سدسِ الغُرَّة لها ثم سيد التي ليس لجنينها جَدَّة يستحقُّ نصف الغرة على الآخر، والآخر يستحِقُّ عليه نصْفَ الغُرَّة، إلا نصف سدسها، فيقع الربع والسدس في التقاصِّ، ويأخذ سيد من ليس لجنينها جَدَّة نصْفَ سُدُس الغُرَّة من الآخر.

وإن كانت إحدى المستولَدَتَين حاملاً دون الأخرى، فألْقَتْ جنينها، فنصف الغُرَّة على سيد الحامل، فإن كانت له جَدَّة، فلها من ذلك النصفِ نصْفُ سُدُس الغُرَّة، والباقي لسيد الحامل، وعليه للجَدَّة نصفُ سدس أيضاً؛ ليكمل لها سدس الغُرَّة، [والله أعلم](١).

وقوله في الكتاب: «ففي تركة كلِّ واحدةٍ أربع كفارات» يجوز أن يُعْلَم بالواو؛ لما بيَّنَّا من الخلافِ، ويجوز ألا يُعْلَم، ويكتفي بأنَّ وجوب الأربعِ بُنِيَ على أن الكفارة لا تتجزأ، وأن قاتل النفسِ تلزمه كفَّارة، وقد تعرَّض لما فيه من الخلاف، فأشْعَر ذلك بالخلاف في وجوب الأرْبَع، وأغْنَىٰ عن الإعلام، وليرد قوله: «على الأَصَحِّ» إلى المسألتَيْن؛ قاتل النفس، وتجزؤ الكَفَّارة.

وقوله: «وعلى عاقلةِ كلِّ واحد غُرَّةٌ، نصْفُها لهذا الجنين، ونصفُها للآخر» الغُرَّة على ما سنبيِّن عبْدٌ أَوْ أَمَةٌ، وقد تُوهِمُ اللفظةُ المذْكُورة وجوبَ رقيقٍ نصفُه لهذا، ونصفُه لذاك، ولا معنى لوجوب نصفَيْ رقيقٍ واحدٍ، بل له أن يسلم نصْفَ رقيقٍ عن أحدِهما، ونصف رقيقٍ عن الآخر، فكان الأولى أنْ يقول: نصْفُ غُرَّة لهذا، ونصفُ غُرَّة لهذا.

وقوله: «في تركة الحُرِّ» مُعْلَم بالواو؛ للخلاف الذي ذكرناه في أنَّ قيمة العَبْد، هل تضرب على العاقلة.

وكذا قوله: «تقاصًا»؛ للخلاف المشهور في التقاصِّ.

وقوله: «ولا يجبُ علَىٰ سَيِّد المستولَدَة إلاَّ أقلُّ الأمْرَيْنَ»؛ لخلافٍ قد أشرنا إلَيْه، وسيأتي في موضعه، إن شاء الله تعالَىٰ.

وقوله: «ولكنَّه يستحقُّ سبعين»، يعني: صاحبَ الخسيسة، والمعنَىٰ أن السِبْعِينَ تصير قصاصاً بالسبعين، فيفْضُل لصاحب النفيسة ثَلاَثُون، وهذا ما أطلقه عامَّة النَّقَلَة تفريعاً على قول التقاصِّ، واستدرك أبو سعْد المتولِّي، فقال: حصولُ التقاصِّ في الغُرَّة يبنى على أنه، هل يجوزُ الاعتياضُ عنها، والحكم في الاعتياضِ عنها كالحُكْم في الاعتياضِ عن إبلِ الدِّية، فإن جوَّزناه حصَل التقاصُّ، وإلاَّ فما لا يجوز أن يجعلَ عوضاً بالتراضِي، لا يصيرُ عوضاً بالشرع، والله أعلم.

قال الغزَاليُّ: **وَإِنِ اصْطَدَمَتْ سَفِينَتَانِ فَالمَلاَّحُ كَالرَّاكِبِ وَالسَّفِينَةُ كَالدَّابَّةِ، وَغَلَبَةُ الرِّيَاحِ كَغَلَبَةِ الدَّابَّةِ، وَلَوْ كَانَ فِي كُلِّ سَفِينَةٍ عَشَرَةُ أَنْفُسٍ وَأَمْوَالٌ فَهُمَا شَرِيكَانِ فِي قَتْلِ العِشْرِينَ وَإِتْلاَفِ الأَمْوَالِ، وَإِذَا قَالَ المَلاَّحُ: كَانَ ذَلِكَ بِالرِّيحِ صُدِّقَ مَعَ يَمِينِهِ.**

---

(١) سقط في أ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: السابعةُ من مسائل الاصْطِدَام؛ إذا اصطدَمَتْ سفينتانِ، وغرقتا بما فيهما، فإما أنْ يحصُلَ الاصطدامُ بفعلهما، أو لا يَحصل[١] بفعلهما، فهما قسمان.

القسم الأول: أن يحصلَ الاصطدامُ بفعلهما، فيُنْظَر؛ إنْ كانتِ السفينتانِ، وما فيهما مِلْكَ المَلاَّحَيْنِ المجريَيْنِ لهما، فنصفُ قيمةِ كلِّ سفينة وما فيها مُهْدَرٌ، ونصفُ قيمتها وقيمةِ ما فيها على صاحب السفينة الأُخرَىٰ، لأنهما أتلفاهما، وما فيهما بالشركة، فإنْ هلك الملاَّحَانِ أيضاً، فهما كالفارسَيْنِ يموتان بالاصطدام[٢]، وإنْ كانت السفينتانِ لهما، وحملا الأموال والأنفس؛ إمَّا تبرعاً، أو بأجرةٍ، فينظر؛ إن تعمدا الاصطدامَ بما يعدُّه أهل الخبرة مُفْضِياً إلى الهلاك، تعلَّق بفعلهما القصاصُ؛ حتَّىٰ إذا كان في كلِّ سفينة عَشَرَةُ رجالٍ يُقْرَعُ بينهم لموتهم معاً، فمن خرجت له القُرْعةُ قُتِلَ به المَّاحَانِ، وفي مالِ كلِّ واحد منهما نصفُ ديات الباقِينَ، فيكون على كلِّ واحد تسْعُ دياتٍ، ونصْفٌ، وعلى كل واحد منهما كفاراتٌ بعدد من في السفينتَيْنِ مِنَ الأحرار والعَبِيد، وعلَىٰ كلِّ واحد منهما نصفُ قيمة ما في السفينَتَيْن من الأموال لا يهدر منها شيء، ونصفُ قيمة السفينةِ الأخرَىٰ، ويهدَرُ نصفها؛ كما تقدَّم، ويجري التقاص في القدْرِ الذي يشتركان فيه، وإن تعمَّدا الاصطدام، فكان ما تعمدانه مما لا يُفْضِي إلى الهلاكِ غالباً، وقد يفضي إليه، فهذا شبْه عمدٍ، والحكْمْ كما بيَّنا إلاَّ أنه لا يتعلَّق به القصاصُ، وتكون الديةُ على العاقلةِ مغلَّظة.

وإن لم يتعمَّدا الاصطدام، ولكن ظنَّا أنهما يجريان علَى الرِّيح، فَأَخْطَأَ، أَوْ لَمْ يعلَمْ واحدٌ منهما أن سفينته بقرب سفينة أخرى، فتكون الدية على العاقلة مخفَّفة.

وإن كانت السفينتانِ لغير الملاَّحَيْنِ، وكانا أجِيرَيْن للمالكَيْنِ، أو أمينَيْنِ، لم يسقطْ شيء من ضمان السفينتَيْن، بل علَىٰ كل واحد منهما نصفُ قيمةِ كلِّ سفينة، وكلُّ واحدِ من المالكَيْنِ بالخيارِ بَيْن أن يأخذ جميعَ قيمة سفينته من أمينه، ثم هو يرجعُ بنصفها على أمين الآخر، وبيْنَ أن يأخذ نصْفَها منه، والنصف من أمين الآخر، ولو كان المُجْرِيَانِ عبدَيْن، فالضمانُ الواجبُ يتعلَّق برقبتهما.

والقسم الثاني: أن يحصل الاصطدامُ لا بفعلهما؛ فإنْ وجد منهما تقصيرٌ؛ بأن توانيا في الضبْط، ولم يعْدِلا بهما عن صَوْب الاصطدام، مع إمكانه، أو سَيَّرا في ريح شديدة لا تَسِيرُ في مثلها السفن، أو لم يكملا عدَّتهما من الرجال والآلات، وجب

---

(١) سقط في ز.

(٢) لكن يتخالفان في أن الدية في الفارسين على عاقلتهما كما نص عليه في الأم وههنا تكون نصف دية كل واحد في تركة الآخر والفرق أن هذا عمد واصطدام الفارسين خطأ أو شبه عمد.

الضمان على ما ذكَرْنَا، وإن لم يوجد منهما تقصيرٌ، وحصل الاصطدام بغلبة الرياحِ، وهَيَجان الأمواج، فهل يجب الضمانُ؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم، كالفارسَيْنِ، إذا غلبت دابَّتُهما.

وأصحُّهما: لا؛ لأنهما مغلوبانِ، لا اختيارَ لهما، فأشبه ما إذا حصل الهلاكُ بصاعقةٍ من السماء، وليستْ غلبةُ الرياح كغلبةِ الدابَّة، فإن ضبط الدابة باللِّجام ممكنٌ، والبحر المغتلم لا طاقة به، وفي محلِّ القولَيْن طريقانِ، خصَّصهما مخصِّصون بما إذا لم يوجد من المجرِيَيْنِ فعلٌ أصلاً؛ بأن كانت السفينةُ مربوطةً على الشَّطِّ أو مرسَاةً في موضع، وَهاجت ريحٌ، وسيَّرتهما، فأما إذا سيَّراهما، ثم غلبَتِ الريحُ، وعجزا، وجَب الضمانُ؛ لأن ابتداء السير كان بفعلهما واختيارهما، وطردهما أبو إسحاق والإِصطخريُّ وآخرون في الحالتين، وهو الأظهر.

التفريع: إن قلنا: يجبُ الضمانُ، فهو كما لو فرَّطا، ولكن لم يقصدا الاصطدام، وإن قلنا بالأصحِّ، فلا يجب ضمانُ الأحرار، ولا ضمانُ الودائعِ والأماناتِ فيهما، وكذا لا يجبُ ضمانُ الأموالِ المحْمُولة بالأجرة، إن كان مالكُها معَهَا، وكذا لو كان عبدُ المالِكِ معَها يحْفَظُها، وإن استقلَ المجرِيَانِ باليد، فعلى الخلافِ في أنَّ يد الأجير المشتَرَكِ، هلْ هي يدُ ضمان، وإن كان فيهما عبيدٌ، فإن كانوا أعواناً أو حفَّاظاً للمالِ، لم يجبْ ضمانهم، وإلاَّ فهم كسائر الأموالِ، وعلى هذا القوْلِ، لو اختلف صاحبُ المالِ والملاَّحان؛ فقال صاحبُ المال: كان الاصطدامُ بفعلِكُمَا، وقالا: بل بغَلَبة الرِّيَاح، فالقول قولُهما، مع يمينهما؛ لأنَّ الأصل براءةُ ذمَّتهما، ومهما كان أحدُ الملاَّحَيْن عامداً دون الآخر، أو مفرِّطاً دون الآخر، خصَّ كلَّ واحد منهما بالحُكْم الذي يقتضيه حالُهُ علَىٰ ما تبيَّن، ولو صدَمَتِ السفينةُ المربوطةُ على الشطِّ سفينةً، فكسرتها، فالضمانُ على مجرى السفينةِ الصَّادمة [والله أعلم].

وقوله في الكتاب: «فالمَلاَّح كالرَّاكب...» إلى آخره[1]، ينطبقُ علَىٰ ما إذا كانت السفينتانِ وما فيهما للملاَّحَيْن، ويجوز أن يُعْلَم قوله: «وغلبة الرياحِ كغَلَبة الدَّابَّة» بالواو؛ لأنَّ في غلبة الرياح قولَيْن منصوصَيْن، وفي غلبة الدابَّة طريقان:

أحدهما: أنها على قولَيْن أيْضاً.

والثاني: القطْعُ بوجوب الضمان، وعلَىٰ هذا فلا يكونُ غلبة الرياح كغلبة الدابة.

وقوله: «ولو كان في كلِّ سفينةٍ أنفُسٍ...» إلى آخره، المرادُ ما إذا حملا في

(١) سقط في ز.

سفينتهما الأنفُسَ والأموالَ، وهما، والحالةُ هذه، شريكانِ إذا حَصَل الاصطدامُ بفعلهما، وهذا هو الذي قصده، وإن أطلق اللفظ، فإن حصل بغلبة الريحِ، ففيه الخلاف.

«فَرْعٌ»

إذا خرق سفينةً، فغرق ما فيها من نفسٍ ومالٍ، وجب ضمانه، ثم إن تعمَّد الخرق بما يفضي إلى الهلاك غالباً؛ كالخرق الواسع الذي لا مَدْفَع له، تعلَّق به القصاصُ والدِّيَة المغلَّظة في ماله، وإن تعمَّده بما لا يحصل به الهلاك غالباً، فهو شبه عَمْدٍ، وكذا لو قصد إصلاح السفينة، فنفذت الآلة في موضِعِ الإِصْلاح، وحصل الغَرَق، وإنْ أصابت الآلَةُ غيرَ موضع الإِصلاح، أو سقط من يده حجرٌ أو غيره، وانتقبت السفينة، فهو خطأ محض.

«فَرْعٌ»

لو كانتِ السفينةُ مثْقَلَةً بتسعةِ أعدال، فجاء آخر، ووضع فيها عِدْلاً آخر متعدِياً، فَغَرِقَتْ، فهل يَضْمَنُ الأعدالَ التسعة؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن الهلاك ترتَّب على فعله.

والثاني: لا يَضْمَن كلَّ الضمان؛ لأنَّ الغَرَقَ حصَلَ بثِقَلِ الجميع، لا بما فعله.

والوجهانِ على ما حَكَى الإمامُ وغيره مبنيَّان علَىٰ ما إذا رمى إلى صيد، فأبطل بعض امتناعه ولم يزمنه، ثم رمى إليه آخر، فأزمنه، ولولا رمي الأول، لما كان الثاني مزمناً، فلمن الصيد؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه للثاني؛ لحصول الزمانة عَقِيبَ فعله، فعلى هذا يجبُ على واضعِ العدل كل الضمان.

والثاني: أنه لهما؛ لأنَّ الزمانة حصَلَتْ بفعلهما معاً، قال الإمام: وهذا هو الأقيس، والأصَحُّ، وعلى هذا فلا يجبُ كلُّ الضمان عليه، وكمْ يجب؟ فيه وجهان[1]:

أحدهما: نصْفُ الضمان.

والثاني: يوزَّع الضمانُ علَىٰ جميع الأعدال، ويجب حصَّة ما وضعه عليه، وهذا كالخلافِ فيما إذا زاد الجِلَّادِ على الحد المشروع، وهلك المحدودُ، ولذلك نظائر متقدِّمة ومتأخِّرة.

---

(١) لم يصرح الشيخ بترجيح شيء من الوجهين لكن يؤخذ الترجيح من قوله وهو كالخلاف في الجلاد إذا زاد على الحد المشروع والأصح في الجلاد التوزيع بالقسط.

قال الغَزَالِيُّ: **وَإِنْ أَشْرَفَتْ سَفِينَةٌ عَلَى الغَرَقِ فَقَالَ الخَائِفُ عَلَىٰ نَفْسِهِ أَوْ عَلَىٰ غَيْرِهِ: أَلْقِ مَتَاعَكَ وَعَلَيَّ ضَمَانُهُ لَزِمَهُ لِحَاجَةِ الفِدَاءِ، وَإِنْ كَانَ مُلْقِي المَتَاعِ أَيضاً مُحْتَاجاً لَزِمَهُ أَيْضاً، وَقِيلَ: يَسْقُطُ بِقَدْرِ حِصَّةِ المَالِكِ، وَلَوْ كَانُوا عَشَرَةً سَقَطَ العُشْرُ، وَلَوْ كَانَ المُحْتَاجُ هُوَ المَالِكَ فَقَطْ فَأَلْقَى بِضَمَانِ غَيْرِهِ لَمْ يَحِلَّ لَهُ الأَخْذُ، وَلَوْ قَالَ المُلْتَمِسُ: أَلْقِ وَرُكْبَانُ السَّفِينَةِ ضَامِنُونَ ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ التَّوْزِيعَ يُصَدَّقُ مَعَ يَمِينِهِ وَلَزِمَهُ حِصَّتُهُ، وَالرَّاكِبُونَ إِنْ رَضُوا بِهِ لَزِمَهُمْ وَإِلاَّ فَلاَ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: صُوَرَ الفصلِ توردُ في هذا الموضِعِ؛ لتعلُّقها بحال السفينة التي جَرَى الكلامُ في اصْطدامِها، وإلاَّ فلا اختصاص لها بالباب.

والمقصودُ أنَّ السفينة، إذَا أشرفَتْ على الغرقِ، فيجوز إلقاءُ بعْض أمتعتها في البَحْر، وقد يجب؛ رجاءَ نجاةِ الراكبينَ، إذا خَفَّتْ[1]، ويجب إلقاء مَا لاَ رُوحَ فيه؛ لتخليص[2] ذي الروح، ولا يجوز إلقاء الدوابِّ، إذا أمكن دفع الغَرَق بغَيْر الحيوانِ، وإذا مسَّت الحاجة إلى إلقاء الدوابِّ، ألقيتْ؛ لإبقاء الآدميين، والعَبِيدُ كالأحرار، وإذَا قصر من لزمه الإلقاءُ، فلم يُلْقِ حتَّىٰ غرقَتِ السفينةُ، فعليه الإثم، ولا ضَمَان؛ كما لو لم يُطْعِمْ صاحبُ الطعام المضْطَرَّ؛ [حتى هلك]، يعصي، ولا يجوز إلقاءُ المالِ في البَحْر من غير خوف؛ لأنَه إضاعة للمال.

إذا تقرَّر ذلك، فلو ألقَىٰ متاعَ نفسِهِ، أو متاع غيره، بإذنه؛ رجاءَ السلامة، فلا ضمان على أحد.

ولو أَلْقَىٰ متاعَ غيره بغَيْر إذنه، وجب الضمانُ؛ لأنه أتلف مال غيره بغَيْر إذْنه من

---

(١) أطلق الشيخ الجواز والوجوب.
قال في الخادم: وقضيته أنه لا يتوقف على إذن المالك والمتجه أن حالة الجواز تتقيد بإذن المالك المطلق التصرف وأن حالة الوجوب لا تتقيد بذلك، وعلى هذا لو كانت الأمتعة لصبي أو مجنون أو سفيه لم يجز إلقاؤها في محل الجواز ويجب إلقاؤها في محل الوجوب ويضمن الملقي في الحالتين من ولي وأجنبي ولو خاف الولي في غير محل الوجوب على كل أمتعة محجورة ورأى أن إلقاء بعضها يسلم به باقيها فقد ذكر الرافعي في باب الأوصياء عن العبادي أنه لو خاف الوصي أن يتولى غاصب على المال فله أن يؤدي شيئاً لخلاصه والله يعلم المفسد من المصلح ولو كانت الأمتعة مرهونة أو صاحبها محجوراً عليه بفلس أو لمكاتب ولم يأذن السيد فإنه لا يجوز إلقاؤها في محل الجواز ويجب في محل الوجوب ويضمن الملقي.

(٢) قال في الخادم: لا بد من تقييد ذي الروح بكونه محترماً فلو كان حربياً أو مرتداً أو زانياً محصناً أو من يجوز قتله في قطع الطريق لم يجز إلقاء المال المحترم لتجارته بل الكلب العقور والحربي لا يلقى من أجلهما ما لا روح فيه وأصله كلام الأذرعي.

غير أن يلجئه إلَى الإتلاف، فصار كما إذا أكل المضطرُ طعامَ الغير، وليس كما إذا صَالَتْ عليه(١) بهيمة، فأتلَفَها؛ دفعاً، وعن مالك: لا ضمان على المُلْقِي، وذكر الإمام اعتراضاً فيما [إذا](٢) خَلَصَ عن الغرق بإلقاء متاعِ نَفْسه، فقال: سيأتي ذكْرُ وجهين في أن صاحب الطعامِ، إذا أطْعَمَ المضطرّ قهراً، هلَ يرجعُ عليه بقيمة الطعامِ، فهلاَّ كان الحكم فيما إذا ألقى متاعه كذلك، وأجاب عنه بأنَّ مُلْقِي المتاع، إن كان شمله الخَوْفُ؛ بأن كان من ركَّاب السفينة المُشْرِفة على الغَرَق، فهو سَاعٍ في تَخْليص نفسه، مُؤَدٍّ واجباً عليه، فيبعد أن يرجعَ على غيره بخلافِ صاحب الطَّعام مع المضطرّ، وإن كان على الشَّطِّ، أو في زَوْرَقٍ، ولا خَوْفَ عليه، فالفرق أن المُطْعِم مخلِّصٌ لا محالة، دافع للتَّلَفِ الذي يفضي إلَيْه الجوع، ومُلْقِي المتاع غَيْر دافِعٍ لِخَطَر الغَرْق، لا محالة. وعن «المنهاج» للجوينيِّ إجراءُ الوجهين فيما إذا ألقى المتاعَ، ولا خوف عليه، ولو قال لغيره: «ألْقِ متاعَكَ في البَحْر، وعَلَيَّ ضمانُه، أو عَلَيَّ أنِّي ضامنٌ، أو عَلَيَّ أنِّي أضمَنُ قيمتَهُ»، فعلى الملتمِسِ(٣) الضمانُ، وفي شرح «مختصر الجوينيِّ» عن بعض الأصحاب؛ أنَّه لا يلزمه شيءٌ؛ لأنه ضمان ما لَمْ يجب، وهذا يشتهر(٤) بأبِي ثَوْر، لكن الشارحَ لم يروْهُ، فإنه قال: وقال أبو ثَوْرٍ وبعضُ أصحابنا: لا يضمَنُ، ووجه ظاهرِ المذهب أنَّه التماسُ إتلافٍ بِعِوَضٍ له فيه غرضٌ صحيحٌ؛ فصار كما لو قال: أعتِقْ عَبْدَكَ عَلَىٰ كذا، فأعتق، قال الأصحاب: وليس هذا علَىٰ حقيقة الضمانِ، وإن سُمِّيَ به لكنه بَذْلُ مالٍ للتخليصِ عن الهلاك، فهو كما لو قَالَ: أَطْلِقْ هذا الأسيرَ، ولك عَلَيَّ كذا، فأطلقه، يجبُ الضمان، وبنى القاضِي الحُسَيْن عليه؛ أنه لو قال لمن له القصاصُ: أعْفُ، ولك كذا، أوْ قال لغيره: أَطْعِمْ هذا الجائِعَ، ولك عَلَيَّ كذا، فأجاب؛ يستحقُّ ما سمي، ولو اقتصر علَىٰ قوله: أَلْقِهِ في البَحْر، ولَم يَقُلْ: وعَلَيَّ ضمانه، فمنهم مَنْ جعل

---

(١) في ز: بهسمة.

(٢) سقط في ز.

(٣) قال في الخادم: كذا اقتصر على قوله أو على أني ضامن ولا بد فيه من رابط بأن يقول ضامنه أو ضامن له ولا بد أيضاً من الإشارة إلى ما يلقيه كقوله هذا وأن يكون متاعه معلوماً للقائل فإن لم يكن معلوماً للقائل ولكن ألقاه بحضرته ضمنه بخلاف ما لو كان في غيبته وقوله فألقاه أي هو أو ما دونه احتراز عما إذا ألقاه غيره بغير إذنه فلا ضمان على المستدعي وكذا لو دفعته الريح.
قال ـ أعني صاحب الخادم، وأطلق الضمان ولم يبين هل هو القيمة مطلقاً ولو كان مثلياً أو يفرق بين المثلي والمتقوم لكن تصريحه بقوله حكى إلى ضامن قيمته تقتضي أنه يضمن بالقيمة وكذلك ما حكاه عن البغوي من اعتبار قيمة الملقى لكن قال القاضي الحسين في باب السلم من تعليقه أنه يرجع عليه بمثله إن كان مثلياً وإن كان متقوماً فعلى وجهين.
أحدهما المثل والثاني القيمة كالوجهين فيما يجب على المعرض من رده من ذوات القيم.

(٤) في ز: يشهر.

وجوبَ الضَّمان على الخلافِ؛ فيما إذا قال: أدِّ دَيْنِي، فأدَّاه، هَلْ يرجعُ عليه، وقطع الأكثرونَ بالمَنْع، وفرَّقوا بينه وبيْن أداء الدَّيْن؛ بأن أداء الدين[١] منفعةٌ لا محالة، وإلقاء المتاع قد يُفْضِي إلى النجاة، وقد لا يفضي إلَيْها، قال في «التهذيب»: وتعتبر قيمة المُلْقَىٰ بما قبل هَيَجَانِ الأمواج؛ فإنه لا قيمة للمال في تلْكَ الحالة، ولا يجعلُ قيمة المال في البَحْر، وهُوَ على خَطَر الهلاك كقيمته في البَرِّ، ثم الضمانُ إنما يجبُ على الملْتَمِس بشرطَيْن:

أحدهما: أن يكون الالتماسُ عند خوفِ الغَرَق، فأما في غير حالِ الخَوْف، فلا يقتضي الالتماسُ الضمانَ، سواءٌ قال: عَلَيَّ أنِّي ضامنٌ، أو لم يقُلْ؛ كما لو قال: أَهْدِمْ دارَكَ، ففَعَل.

والثاني: ألاَّ يختصَّ فائدة الإِلقاء بصاحب المتاع[٢].

واعلم أنَّ فائدة التلخيص بإلقاء المتاع تفرض على وجوه:

أحدها: أنَّ تختصَّ بصاحب المتاع، فإذا كان في السفينة المشْرِفة[٣] راكبٌ ومتاعُهُ، فقال له غيره مِنَ الشَّطِّ، أوْ من زَوْرَقٍ بقُرْبها: «أَلْقِ مَتَاعَكَ فِي البَحْرِ، وعلَيَّ ضمانُهُ» فألقَىٰ، لم يجب الضمانُ، ولم يحلَّ له الأخذ؛ لأنه فعل ما هو واجبٌ عليه؛ لغرض نفسه، فلا يستحقُّ به عوضاً؛ كما لو قال للمضطَرِّ: «كُلْ طعامَكَ، وأنا ضامِنٌ» فأكل، فلا يرجع على الملتَمِسِ بشَيْء.

والثاني: أن يختصَّ بالملتمِسِ بأن أشرفَتْ سفينةٌ على الغَرَق، وفيها متاعٌ لغيره، وهو خارجٌ منْها، فقال له: أَلْقِ متاعَكَ في البَحْر، وعَلَيَّ ضمانُهُ، فيجب الضمانُ، إذا ألقَىٰ علَىٰ ما ذكَرْنا، ولا فرق بيْنَ أن تحصلَ السلامةُ أوْ لاَ تحصُلَ؛ حتى إذا هلك الملتمسُ، يكُونُ الضمان في تركته.

والثالث: أن تختص بغيرهما؛ بأن كان الملتمِسُ، وصاحبُ المتاعِ خارجَيْن من السفينة، وفيهما جماعةٌ مشرفون علَى الغَرَق، فيجب الضمانُ على الملتمس أيضاً؛ لأن تخليصَ من فيها غرضٌ صحيحٌ، وإذا جاز بَذْلُ المالِ في خلع الأجنبيِّ لدفع سلطنة الزوْجِ، فَلأَنْ يجوزَ التخليصُ من الهلاك، كَانَ أوْلَىٰ.

والرابع: إذا رجعتْ فائدةُ التخليصِ إلَىٰ مُلْقِي المتاعِ وغيره، والملتمسُ خارجٌ من السفينة، ففيما يجب الضمَانُ وجهان:

---

(١) في أ: دينه ينفعه.

(٢) اعلم أن هذا الشرط ذكره المراوزة كالقفال والقاضي الحسين ومن تبعهما ولم يذكره العراقيون وليس متفقاً عليه أيضاً.

(٣) في ز: المترفه.

أصحُّهما: أنه يجبُ جميع الضمانِ؛ لأن فيه تخليصَ غَيْرِ مالكِ المتاع، وهو يلقي بقَصْد الالتزام.

والثاني، وبه قال القاضي الحُسَيْن: أنه يقسَّط المال المُلْقَىٰ على مالكه، وعلى سائرِ من فيها، فيسقط قسْطُ المالك، ويجب الباقي، فلو كان معه واحدٌ، وجب نصف الضمان، ولو كان معَهُ اثنانِ، يجب ثلثاه، ولو كانوا عشرَةً، وجب تسعة أعشارِهِ، وسقط العُشْر، وعلى هذا.

والخامس: إذا كان في الإلقاءِ تخليصُ الملتمِسِ وغيره بأن التمس بَعَضُ[(١)] الركْبَانِ من بعض، فيجب الضمانُ على الملتمس؛ لأن له غرضاً[(٢)] في تخليصه، وتخليص غيره؛ قال الإمام: ويجيءُ الوجهانِ في أنّه، هل تسقط حصَّة المالك، ويجيئان أيضاً فيما إذا كان الملتمس خارجَ السفينةِ؛ ومُلْقِي المتاعِ من الركبان.

ومن مسائل الفَصْلِ، لو قال: «أَلْقِ مَتَاعَكَ في البَحْر، وأَنَا ورُكْبَانُ السَّفِينَةِ ضَامِنُونَ، كلُّ واحدٍ منا على الكَمَال»، أو قال: «عَلَيَّ أَنِّي ضامنٌ» فكلُّ واحد منهم ضامنٌ، فعليه ضمَانُ الجميع، ولو قال: «أنا وَهُمْ ضامنُونَ؛ كلُّ واحدٍ منا ما يخُصُّهُ»، لزمه بالحصَّة، وبمثله أجيبَ فيما إذا قال: «أنا وهُمْ ضامنُونَ»، واقتصر عليه، ولو قال: «أنا ضامِنٌ ورُكْبَانُ السَّفينة، أوْ «عَلَيَّ أنْ أضْمَنَهُ وركْبَانُ السَّفينةِ»، أو قال: «وأنا ضامِنٌ، وهم ضامِنُونَ» ففيه وجْهَان:

أظهرهما: أنه يلزمه جميعُ الضمانِ؛ لأنه قال أولاً: «أَنَا ضامنٌ»؛ ولهذا لو اقتصر عليه، لزمه[(٣)] الجميع.

والثاني، وينسب إلى اختيار المزنيّ: أنّه لا يلزمه إلاَّ ما يخصُّه؛ لاحتمال اللفظ، ثم قوله: «وهم ضامِنُون» إمَّا للجميع أو للحصَّة، إن قَصَدَ به الإخبار عن ضمانٍ سَبَقَ منهم، واعترفُوا به، توجَّهت المطالبة[(٤)] عليهم، وإنِ أنْكَروا، فهم المصدَّقون، وإن قال: أردْتُ إنشاءَ الضَّمان عَنْهُمْ، فعَنْ بعض الأصحاب؛ أنهم إنْ رَضُوا به، ثبت المالُ عليهم أيضاً، والظاهرُ خلافُهُ؛ لأنَّ العُقُودَ لا تُوَقَّفُ علَىٰ أصْل الشافعيِّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ، وهذا ما ارتضاه القاضي الحُسَيْن، والإمام، وقرب في «الوسيط» الأول، وقال: يلزمهم المالُ، وإن كنَّا لا نقولُ بوَقْفِ العقودِ؛ فإنَّ هذا مبنيٌّ على المسامَحَة للحاجَة، ولو قال: أَنَا وهُمْ ضُمَنَاء، وضَمِنْتُ عنهم؛ بإذنهم، فيطالَبُ هو بالجميع؛ بقوله، وإذا أنْكَرُوا الإذْنِ، فهم المصدَّقون؛ حتى لا يرجع علَيْهم، ولو قال: أَنا وهُمْ ضمناً، وأصحُحه مِنْ مالهم، فقد

---

(١) في ز: أخص.
(٢) في ز: غرض.
(٣) في ز: يلزمه.
(٤) في ز: الطلبة.

قال الأئمة، سِيَمَا العراقيُّون: إنَّه يطالب بالجميع أيضاً، وكذا لو قال: وأنا أخلصه من مالهم؛ كما لو قال: أخلعها على ألفٍ، أصَحِّحها لك مِنْ مالها، أو أضمنها مِنْ مالها، تلزمه الألفُ.

ولو قال ألْقِ متاعاً في البَحْر علَىٰ أنِّي وهُمْ ضمناء، وأذن فيه، فألقاه، فالواجبُ بالحصَّة أو بالجميع؛ لأنه باشر الإتلافَ؟ فيه وجهان، ويحكي الثَّاني عن القاضي أبي حامد.

ولو قال: ألق متاعَكَ، وعلي نصْفِ الضمانِ، وعلى فلانٍ الثلثُ، وعلى فلانٍ السدُسُ، لزمهِ النصف.

ونختم هذه الصورة بكلامَيْن:

أحدهما: قال في «المختصر»: فإن قال أحدُهُمْ لصاحِبِهِ: أَلْق متاعَكَ في البَحْر، وعلَيَّ أن أَضْمَنَ لك رُكْبَانُ السفينةِ، ضمنه دونَهُمْ، إلاَّ أن يَتَطَوَّعوا، واعترض المزنيُّ علَيْه، وقال: ينبغي أنْ يضمن حصَّته، وتكلَّموا في أنَّه أراد ضمَانَ الجَمِيع؛ كما توهَّمه المُزَنِيُّ، أو ضمان الحِصَّة، وأنه إن أراد ضَمَانَ الجميع، فما الصُّورة[1] التي أرادها، والفِقْهُ ما بيَّنَّاه.

وَالثَّانِي: إن كان المالُ في الصور المفروضة لغير الملتمس، فالحكمُ ما ذَكَرْناه، وإن كان لبعضهم[2]، والتمس منْه إلقاؤه عاد النَّظَر في أنَّ مُلْقِي المتاعِ، إذا كان محتاجاً إلى الإلقاء، هل يسقط قسْطُه من الضمان؟

وقوله في الكتاب: «ولو قال الملتمِسُ: أَلْق، وَأَنَا ورُكْبَانُ السَّفينةِ ضامنون، ثم قال: أردْتُ التوزيعَ، صُدِّق مع يمينه، ولزمته حصَّته» قد يشعَر[3] بالحَمْل على انفرادِ كلِّ واحد بالضَّمَان، والصَّرْف عنه بقوله: «أردْتُ التوزيعَ»، ولفظ النهايةِ في هذه الصورةِ؛ أنَّ هذا لا يحمل علَى انفرادِ هذا الشَّخص بالضَّمانِ إلا أن يقولَ: أردْتُ ذلك، فيؤاخذ بموجِبِ إرادته، وهذا يقتضي الحَمْل على التوزيع، وإن لم يقل: أَرَدْتُهُ، فإن فرض نزاعٌ، فحينئذ يحلف.

وقوله: «والرُّكْبَان إنْ رَضُوا بِهِ، لزمهم، وإلاَّ فلا»، إن كان المرادُ أنهم صدَّقُوه في إخباره عن ضمانٍ سَبَقَ منهم، فهو ظاهرٌ، ويشبه أنْ يكون المرادُ ما حكَيْناه عن «الوسيط» وحينئذ، فليعلم قوله: «لَزِمَهُمْ» بالواو.

---

(١) في أ: الحصة.

(٢) في ز: بعضهم.

(٣) في ز: شعر.

«فُرُوعٌ»

لو قال لصاحبِ المتاعِ: «أَلْقِ مَتَاعَكَ، وعلَيَّ ضمانُهُ» فقال: نعم، فله أن يُلْقِيَ، وعليه الضمان، إذا ألقىٰ.

ولو قال الآخر: «أَلْقِ مَتَاعَ فُلَانٍ، وعلَيَّ ضمانُهُ، إن طالَبَكَ»، فألقاه، فالضَّمَانُ علَى المُلْقِي دون الآمِرِ، وحكى الإمامُ أنَّ المتاع المُلْقَىٰ لا يخرج عن ملك مالِكِهِ؛ حتى لو لفظه البحْرُ على الساحل، وانفق الظَّفَر به، فهو لمالكه، ويستردُّ الضامنُ المبذول، وهل للمالكِ أنْ يمسكَ ما أخذ ويرُدَّ بدله فيه خلافٌ؛ كالخلاف في أن العَيْن المستقرضة، إذا كانَتْ باقيةً عند المقرض، هل له إمساكه، وغرامُه مثله[١] أو قيمته.

قال الغَزَالِيُّ: **وَلَوْ رَجَعَ حَجَرُ المَنْجَنِيقِ عَلَى الرُّمَاةِ وَكَانُوا عَشَرَةً فَيُهْدَرُ مِنْ دَمِ كُلِّ وَاحِدٍ عُشْرُهُ، فَإِنْ أَصَابَ غَيْرَهُمْ فَالدِّيَةُ عَلَىٰ عَاقِلَتِهِمْ إِلاَّ إِذَا قَصَدُوا شَخْصاً وَقَدَرُوا عَلَىٰ إِصَابَتِهِ فَهُوَ عَمْدٌ، وَإِنْ قَدَرُوا عَلَىٰ إِصَابَةِ وَاحِدٍ مِنَ الجَمْعِ لاَ بِعَيْنِهِ فَهُوَ خَطَأٌ فِي حَقِّ ذَلِكَ الوَاحِدِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا عاد حَجَرٌ المَنْجَنِيقِ على الرامين، فقتل واحداً منهم، فقد مات ذلك الواحدُ بفعله وفعْلِ شركائه؛ كما في صور الاصطدام، [فإن كانوا عَشَرَةً][٢] فيهدر عُشر ديتِه، [وعلى عاقلة كلِّ واحدٍ من الباقين عُشْرُ ديتهِ][٣]، ولو قتل اثنين فصاعداً،

---

(١) فيه خلاف كالخلاف في العين المقترضة إذا كانت باقية هل للمقترض تملكها ويرد بدلها. قال الشيخ البلقيني، ما ذكره المصنف عن الإمام يخالفه قضية كلام الماوردي فإنه ذكر في كتاب الأيمان في الكلام على إعتاق العبد عن الأمر هل ملكه أو جرى عليه حكم الملك؟
قال الماوردي: ومثل هذين الوجهين في التكفير إذا قال ألق متاعك في البحر وعلى قيمته هل يصير مالكاً قبل إلقائه أم لا؟ على هذين الوجهين يعني في صورة الاعتاق بالإذن أحدهما أنا نعلم بعد إلقائه أنه قد كان مالكاً قبل إلقائه. والوجه الثاني: أنه لا يصير مالكاً وإنما يجري عليه حكم الملك لأنه قبل الإلقاء لم يملكه وبعد الالقاء لا يصح أن يملكه هذا كلام الماوردي وظاهره أن الضامن لمالك على وجه يجري عليه حكم المالك على وجه.
وقضية هذا أن الذي يلفظه البحر ملك على الوجهين وهذا غريب. انتهى قال في الخادم: الذي قاله الإمام قوي فإن صاحب المتاع إنما يجب عليه إزالة يده بالإلقاء لا إخراجه عن ملكه والمال المبذول له في مقابلة ذلك فهو يشبه الخلع من جهة أن فيه إزالة يده ويفارقه من بقاء ملكه عليه، وفي وجوب الإلقاء فإن الزوج لا يجب عليه إلا إزالة الشقاق فقط دون إبانة المرأة إلى آخر ما ذكره وفي بعض ما ذكر نظر.

(٢) سقط في ز.

(٣) قال في القوت: قال في البيان: إنما تجب الدية على من مد منهم الحبال ورمى بالحجر فأما من أمسك خشبة المنجنيق إن احتاج إلى ذلك ووضع الحجر في أكلفة ثم تحامى فلا شيء عليه لأنه متسبب والمباشرة غيره فتعلق الحكم بالمباشرة وكذا ذكر نحوه البغوي وغيره.

فكذلك، ولو قتل العشرةَ، حين عاد، أهدر العشر مِنْ دم كلِّ واحدٍ، ووجب على عاقلةِ كلِّ واحد من الباقِينَ عُشر الدية، ولو أصاب الحَجَرُ غيرهم، نُظِرَ؛ إن لم يقصدوا واحداً، أو أصاب غَيْرَ مَنْ قصدوا، كما إذا عاد الحَجَرُ وقتل بعض النَّظارة، فهذا خطأ يوجب الديةَ المخفَّفة على العاقل، وإن قصدوا شخصاً أو جماعةً بأعيانهم، فالذي أورده العراقيُّون؛ أنه شبه عمدٍ، إذا أصاب الحَجَر من قصدوه؛ لأنه لا يمكنُ أنْ يُقْصَدَ بالمَنْجَنِيقِ شَخْصٌ معيَّن، أو جماعةٌ معينُونَ، فتجب الدية على عواقِلِهِمْ مغلَّظة، وقال[1] آخرون: إنْ كان الغالبُ أنه يصيبُ مَنْ قصد، فهو عمْد يتعلَّق به القصَاصُ أو الدية المغلَّظة في أموالهم، وهذا ما أورده الصيدلانيُّ، والإمام، والمتولِّي، وصاحبُ الكتاب، ورجَّحه صاحبُ «التَّهذيب»، والقاضي الرُّويانيُّ، وأقاما الكَلاَمَيْن وجْهَيْن، ويشبه أن يقال: الخلافُ راجعٌ إِلَىٰ أنه، هل يتصوَّر تحقيقُ هذا القصْد في المنجنيق، فإن تصور، فما ينبغي أن يفرِّق بينه وبين سائر الآلات المهْلِكة.

وقوله في الكتاب: «وقدَرُوا علَىٰ إِصابته» فيه إشارة إلى أنَّ تحقيق القَصْد في هذه الآلة؛ كالمستبعد، لكن لو تأتَّىٰ لهم ذلك؛ لحَذَقِهِمْ، كانوا متعمِّدين، ويجوز أنْ يعْلَم قوله: «فهو عَمْد» بالواو؛ لما ذكرنا، وإن قصدوا واحداً أو جماعةً، والغالب أنه لا يصيبُ من قَصَدوه، فهو شبه عَمْد، والعلْمُ بأنه يصيبُ واحداً منهم، لا بعينه أو جماعة من القوم لا بأعيانهم لا يتحقَّق العمد به، ولا يوجب القصاص؛ لأن العمد يعتمدُ قصد عين الشخْصِ، ولهذا لو قال: اقْتُلْ أَحَدَ هؤلاءِ، وإلاَّ قتلتك، فقتل أحدَهُمْ لا يجبُ القصاصُ على المُكْرِهِ، لأنَّه لم يقصد عيْنَ أحدهم، ثم الذي أورده صاحبُ الكتاب؛ أنه يكون ما جرى خطَأً في حقِّ ذلك الواحِد؛ لذلك ذكره ههنا، وفي «الوسيط»، وعدَّه صاحبُ «التهذيب» شبه عَمْدٍ يجب به الديةُ المغلَّظة على العاقلة، وهذا هو الوجْهُ إذا قصدوا واحداً أو جماعةً لا بأعيانهم، وكذا لو رمى سهماً[2] إِلَىٰ جماعة، ولم يعيِّن واحداً[3] منهم، ثم استدرك الإمام، فقال: الذي ذكرنا أنه لا يجبُ القصاص مفروضٌ فيما إذا قصد الرامي إصابة واحدٍ لا بعينه أو جماعة مخصوصِينَ، فأصاب الحَجَرُ واحداً أو جماعةً لا غير، فأما إذا كان القومُ محصورِينَ في موضع، وكان الحَاذق علَىٰ علْم بأنه إذا سدَّد الحَجَر عليهم أتَىٰ على جميعهم، وحقَّق قصْدَه، وأتَىٰ عليهم، فالذي أراه

---

(١) في ز: فقال.
(٢) في ز: بهما.
(٣) قال الشيخ البلقيني وغيره: قد ذكر المصنف قبيل باب الديات أنه لو رمى إلى شخصين أو جماعة وقصد إصابة أي واحد منهم كان فأصاب واحداً ففي القصاص وجهان. قال النووي من زيادته: الأصح وجوبه وما زاده غير معتمد والأصح أنه لا يجب القصاص. انتهى.
والحاصل أن ما ذكره الشيخ المصنف هو المعتمد، وقد قدمت التنبيه على ذلك في أول الجنايات.

وجوبُ القِصَاصِ، وهو كما لو قال المُكْرِهُ: «اقْتُلْ هؤلاءِ» فقتلَهُمْ، يجبُ القصاص علَى المُكْرِهِ، ولا أثر لاختيار المُكْرَهِ في التقديم والتأخير، [والله أعلم].

قال الغَزَالِيُّ: **وَلَوْ جَرَحَ مُرْتَدّاً فَأَسْلَمَ ثُمَّ عَادَ الجَارِحُ مَعَ ثَلاثَةٍ فَجَرَحُوهُ فَالجُنَاةُ أَرْبَعَةٌ عَلَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ رُبُعُ الدِّيَةِ وَالجَانِي فِي الحَالَتَينِ لَزِمَهُ الرُّبُعُ بِجِرَاحَتَيْنِ إِحْدَاهُمَا مُهْدَرَةٌ فَيَعُودُ حِصَّتُهُ إِلَى الثَّمَن، وَقِيلَ: يُوَزَّعُ عَلَى الجِرَاحَاتِ وَيُقَالُ: الجِرَاحَاتُ خَمْسٌ فَيَسْقُطُ الخُمُسُ وَيَبْقَىٰ عَلَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الأَرْبَعَةِ خُمُسُ الدِّيَةِ، وَلَوْ قَطَعَ يَدَ العَبْدِ الجَانِي فَجَنَىٰ بَعْدَهُ ثُمَّ مَاتَ فَأَرْشُ اليَدِ يَخْتَصُّ بِهِ المَجْنِيُّ عَلَيْهِ أَوَّلاً وَالبَاقِي يُشَارِكُهُ فِيهِ المَجْنِيُّ عَلَيْهِ ثَانِياً لِأَنَّهُ مَاتَ بَعْدَ الجِنَايَتَيْنِ وَقَطَعَ بَعْدَ إِحْدَىٰ الجِنَايَتَيْنِ وَإِنْ فَضَلَ مِنْ أَرْشِ الأُوْلَىٰ فَالفَاضِلُ مِنْ أَرْشِ الطَّرَفِ لِلسَّيِّدِ وَقِيمَةُ النَّفْسِ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ ثَانِياً.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في الفصْلِ مسألتان مِنْ مولَّدات ابْنِ الحدَّاد:

إحداهما: لو جرح مرتدّاً بقَطْع يده أو بجراحةٍ أخرَىٰ، فأسلم المرتدُّ، ثم عاد الجانِي، وجرحَه جراحةً أخرَىٰ، وجرحه ثلاثة آخرون، فمات نُظِرَ؛ إن وقعت الجراحاتُ الأربعُ بعد اندمالِ الأولَىٰ، فعليهم الديةُ أرباعاً، وإن وقعتْ قبل اندمالِها، ومات من الجراحاتِ الخُمْس، ففيما يجب عليهم وجْهان:

أظهرهما: وبه قال ابن الحَدَّاد: أنه ينظر إلى عدد الجارِحينَ، وهم أربعة، فيخص[1] كلّ واحد منهم رُبُع الدية ولكن يعودُ ما على الجارحِ في الحالتَيْن إلَى الثُّمُن؛ لأن الجراحة في حالة الردَّة مُهْدَرَة.

والثاني: أنه ينظر في الجراحاتِ، وهي خمسٌ، فيسقط خمس الدِّية؛ لوقوع إحداهما[2] في حال الإِهدار، ويجب علَىٰ كلِّ واحدٍ منهم الخُمُسُ، لأن الجراحتَيْن من الواحد في حالتَي العصْمةِ والإِهدار؛ كالجراحتين من شخصَيْن[3].

ولو جرحه خمسةٌ، أحدهم في الردَّة، والباقون بَعْد الإسلام، سقط خُمُسُ الدية، وكان علَىٰ كلِّ واحد من الأربعة الخُمُس، فكذلك ههنا؛ ويدل عليه أنه إذا حصل الموتُ بالجراحة في الردَّة، والجراحة في الإِسلام، نقصت جراحةُ الردَّة حصَّة جراحة الإسلام، سواءٌ صدرت الجراحتانِ منْ واحد، أو مِنِ اثنَيْن؛ ألا تَرَىٰ أنه لو جرح الشخْصُ في ردَّته، ثم جرح بعد الإسلام، ومات من الجراحتَيْن، يكون حصَّة جراحة الإسلام نصْف الدية، سواءٌ كان الجرْحُ الثاني صادراً من الجارح الأول أو من غيره، فإذا

---

(١) في ز: فيختص.
(٢) في ز: إحديهما.
(٣) في ز: شخص.

كان كذلك، لم يجزْ أن تؤثر جراحةُ الردَّة في حقِّ الجارح في الحالتين دون غيره، ومن قال بالأوَّل قال: الجُرْحَان، إذا صَدَرا من واحدٍ، وله شريكٌ آخرُ، كانا في حقِّهِ، كالجرح الواحدِ؛ حتى لو جرح اثنانِ، أحدُهما جراحتَيْن، والآخر جراحةً واحدةً، تكون الديةُ بينهما نصفَيْن، كما لو جرح كلُّ واحد منهما جراحةً واحدةً، وإذا كان كذلك، جاز أن يضم جرحه في الردَّة [مضموناً][1] إلَىٰ جرحه في الإسلام، ولا يُضَمُّ إلى جرح غيره.

ولو جنَىٰ عليه ثلاثةٌ في الردَّة، وعادوا وجَرَحُوهُ مع رابع بَعْدَ الإِسلام، ومات من الجراحاتِ، فعلَىٰ ما ذكره ابن الحدَّاد توزَّع الديةُ على الجارِحِينَ الأربعةَ، وقد جَرَح ثلاثةٌ منهم جراحتَيْن؛ إحداهما[2]: في الردَّة، فيعود ما علَىٰ كلِّ واحد منهم إلى الثمن، ويبقَىٰ على الرَّابع الرُّبُع، وعلى الوجه الآخَرِ الجراحاتُ سبعٌ؛ ثلاثٌ منها في حال الإِهدار، فيسقط ثلاثةُ أسباعِ الديةِ، ويجب علَىٰ كلِّ واحدٍ سبعها.

ولو جرحه في الردة أربعةٌ، وعاد أحدُهُم، وجرحه مع ثلاثةٍ بعد الإِسلام، فعلَىٰ ما ذكره ابنُ الحَدَّاد؛ الجارِحُونَ سبْعَةٌ حصَّةُ كلِّ واحد منهم السُّبُع؛ فعلَىٰ كلِّ واحدٍ من الَّذين لم يَجْرَحُوا إلاَّ في الإِسلام السُّبُع، ولا شيء على الذين لم يَجْرَحُوا إلاَّ في الرِّدَّة، وعلى الجارحِ في الحالتَيْن نصفُ السُّبُع، وعلى الوجه الثاني؛ ماتَ من ثمانِ جراحاتٍ؛ أربعٌ منها وقعَتْ في حال الإِهدار، وأربعٌ في حال الضمانِ؛ فعلى كلِّ واحدٍ من الأربعة الجارِحِينَ في الإسلام ثُمُنُ الدية، ولو جرحَهُ في الردَّة أربعةٌ، ثم عاد أحدُهُمْ، وجرَحَهُ بعد الإِسلام منفرداً، ومات منها؛ فعلى الأوَّل الجارحُون أربعةٌ، ثلاثةٌ منهم لم يَجْرَحُوا إلاَّ في الردَّة، فلا شيء عليهم، وواحدٌ جرح في الحالتَيْن، وحصَّته رُبُعُ الديَة، فيوزَّع على جراحته، ويجب نصفه، وهو الثُّمُن، وعلى الوجْهِ الآخِرِ علَيْه خُمُس الدية، ويسقُطُ أربعة أخماسِهَا توزيعاً على الجراحات.

ولو جرَحَه ثلاثةٌ في الردَّة، وجرحه بعد الإِسْلام أحدهم؛ فعلى الأول حصة الجارح في الحالتين ثُلُثُ الدية؛ يتوزَّع على جراحته، فيلزمه سُدُسُ الدية، ولا شيء على الآخرين، وعلى الوجه الآخر؛ عليه [ربع][3] الديةِ توزيعاً على الجراحات الأرْبَع، وهذه الصورُ قد أورَدَها ابنُ الحَدَّاد بأسْرها، وعلى قياسِها، قال الشيخ أبو عليّ: لو جرحه اثنانِ في الردَّة، وعاد بعد الإسلام أحدُهُما، وجرحه مع ثالثٍ، فعلى ما قال ابنُ الحَدَّاد: الجارحونَ ثلاثةٌ، وحصَّة كلِّ واحد منهم ثُلُثُ الديةِ، لكنَّ أحدهم لم يجْرَحْ إلاَّ في الردَّة، فلا يلزمه شيْء، والثَّاني جرح في الحالتين، فيلزمه حصَّة جراحة الإِسْلَام،

---

(١) سقط في ز.
(٢) في ز: إحديهما.
(٣) سقط في ز.

وهي السُّدُس، والثَّالث لم يَجْرَحْ إلاَّ في الإسلام؛ فيلزمه الثلث، وعلى الوجْهِ الآخر يجبُ على كلِّ واحدٍ من الجارحين في الحالتَيْنِ والجارحِ في الإسلامِ رُبُع الدية، ويُهْدَر نصفها.

ولو عادَ الجارحَانِ في الردَّة، وجَرَحَاه بَعْد الإسلام، فعلَىٰ كلِّ واحد منهما رُبُع الدية؛ باتفاق الوجهين، وعلَىٰ قياسها، لو جرح واحدٌ في الردَّة، وعاد مع اثنين، فجرحوه بعد الإِسْلام، فعلى ما قال ابنُ الحَدَّاد على الجارحِ في الحالتَيْنِ السُّدُسُ، وعلى كلِّ واحدٍ من الآخرين الثلُثُ، وعلى الوجه الآخر؛ الجِرَاحاتُ أربعٌ، فيسقط ربع الدية، وعلى كلِّ واحدٍ منهم الربع.

ولو جرحه ثلاثةٌ في الردَّة، وعادوا، فجرحُوه بعد الإِسْلاَم، فعلَىٰ كلِّ واحد منهم سدسُ الديةِ؛ باتفاق الوجهَيْن، وهكذا يلتقِّي الوجهان، إذا لم يختلف عدد الجراحاتِ في الإِسْلام والردَّة، ولا عدد الجارحين.

المسألة الثانية: إذا جنَى العَبْد على حُرٍّ بإيضاح، أو قطع يدٍ، أو أصبع، أو غيرهما، ثم جاء حُرٌّ، وقطع يد العبد، ثم جنى العبد علَىٰ حُرٍّ آخر، وماتَ العَبْد من القطعِ، ومات الحُرَّان من الجنايتين، أو لم يموتا، فالواجب على الَّذي جنَىٰ على العبد كمالُ قيمته، وحصَّة اليد منها يختص بها المجنيُّ عليه الأول، ويتضاربان في الباقي؛ هما أو ورثتهما، هذا بما بَقِيَ من حقِّه بعد أخْذِ حصَّة اليد، وهذا بجميع حقِّه، وإنما كان كذلك؛ لأنه جنَىٰ على الأول بتمام بَدَنه، وجنى على الثاني، ولا يَدَ له، فلا حَقَّ له في بَدَلها، وما حصَّة اليدِ؟ الصحيحُ: أن حصَّتها، ينقص من القيمة بقَطْع اليد، وقد حكى الشيخُ أبو عليٍّ؛ أنَّ من الأصحاب من يَغْلَطُ؛ فيعتبر أرشها، وهو نصف القيمة، قال: وهو فاسد من وجهين:

أحدهما: لو قطع الجاني يدَيْه، يلزم أن يستبد المجنيُّ عليه الأول وورثته بجميع القيمة، ولا يجوز أن يجني العبْد على اثنين، ثم يكون جميع قيمته لأَحَدهما.

والثاني: أن الجراحة، إذا صارت نَفْساً، سقط اعتبار بدَلِ الطَّرف، فمن قطع يد عَبْد، ومات العَبْد منه، لا يمكن أن يقال: نصْف القيمة وجب في مقابلة اليد، والباقي في مقابلَةِ جميع البدن، نَعَمْ، لو اندملَ القطْع، عاد الجاني، فقتله، فحينئذٍ يجب عليه نصفُ القيمةِ لليد[1]، ويستبد به المجنيُّ عليه الأول أو ورثته، وعليه للنفسِ قيمته مقْطُوع اليد، ويشتركان فيها، ويقاسُ بما ذكرنا ما إذا تكرَّرت جنايةُ العبد، والجنايةُ عليه وبَيَّنه الشَّيخ أبو عليٍّ بالمثال؛ فقال: جنَىٰ عبدٌ قيمتُهُ عشرَةُ آلافِ درهم علَىٰ حُرٍّ، ثم جنَىٰ عليه حُرٌّ فنقص[2] من قيمته ألفانِ، ثم جنى العبدُ على حُرٍّ آخرَ، وجنى عليه

---

(١) في ز: للسيد.

(٢) في ز: يقتص.

الجانِي الأول، فنقص من قيمته ألفانِ [أيضاً][١]، ثم جنى العبدُ على حرٍّ ثالث، ومات العبدُ، والأحرارُ من الجناياتِ، فيؤخذُ من الجاني عَشَرَةُ آلافٍ، يستبد ورثة المجنيِّ عليه الأول منها بألفين، ثم يقسم ألفانِ، وهما حصة النقصان الثاني، بين ورثةِ المجنيِّ عليه الأوَّل، وورثة المجنيِّ عليه الثاني، يتضاربون فيه، فيضربُ ورثة الأول بما بقي لهم من الدية، وهو عشرةُ آلافٍ درهم أخذاً بأن الدية اثنا عشر ألْفَ درهم، ويضرب ورثة الثانِي بتمام الدِّية، فيقسم الألفان بينهم علَىٰ أحد عشر سَهْماً، ثم يقسمُ باقي القيمة، وهو ستة آلافَ درْهَم بين ورثة القَتْلَى الثلاثة يُضرب ورثةُ الأوَّلِينَ[٢] بما بقي لهم من الدية، وورثة الثالث بجمِيع الدية.

«فَرْعٌ»

إذا اختلفتِ الجراحاتُ الصَّادرة من الشَّخْص الواحد، وكان بعضُها عمْداً، وبعضها خطأً، وشاركه غيره؛ كما إذا جرح خطأً، ثم عاد مع آخر وجرح عمداً، فالتوزيع لمعرفة ما يؤخذ منه، وما يضرب على عاقلته، كما ذكرنا في المسألة الأُولَىٰ، إذا وقع بعضُها في حالِ الإهدار، وبعضها في العِصْمة[٣].

قال الغزَالِيُّ: **وَالقَاتِلُ بِالسِّحْرِ إِذَا أَقَرَّ بِالتَّعَمُّدِ يَلْزَمُهُ القِصَاصُ، وَإِنْ أَقَرَّ بِالخَطَأ أَوْ شِبْهِ العَمْدِ فَالدِّيَةُ عَلَى العَاقِلَةِ لَوْ أَقَرُّوا.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: القولُ في القتلِ بالسِّحْر مُبَدَّدٌ في الكتاب، فمنه ما قدَّمه في أول الجِرَاح، ومنه ما أَخَّره إلى كتاب دعوى الدَّم، ومنه ما أورده ههنا، ولو كان مجموعاً في موضع واحدٍ، لكان أقرب إلى الضَّبْط، وقدَ بيَّنَّا من قبل؛ أنه إذا أقر بأنه ماتَ من سِحْره

---

(١) سقط في ز.
(٢) في ز: الأولى.
(٣) قال الشيخ البلقيني: ظاهره أنه يأتي الوجهان ولكن لم يبين المصنف كيفية الوجهين والذي يظهر مبادي الرأي على قياس وجه ابن الحداد أن الدية عليهما نصفين نصف مغلظ على من تمحضت جراحته عمداً ونصف موزع على الآخر منه نصفه وهو الربع وعلى عاقلته نصفه وهو الربع، وعلى الوجه الآخر يكون على جارح الحراحة الواحدة ثلث الدية وعلى جارح الاثنين ثلثا الدية ولكن يلزم عليه أن يختلف القدر بتعدد الجراحات وهو خارج عن قاعدة المذهب فعدل الإمام عن ذلك فقال في النهاية: يجب على كل منهما النصف ولكن يكون على عاقلة كل واحد منهما السدس وعليه نفسه الثلث. ولو قال الإمام يجب على عاقلة الذي جنى مرتين السدس ويجب عليه نفس الثلث ويجب على الخارج عمداً النصف مغلظاً عليه لكان أولى مما قال، وفي البسيط وبيض الشيخ ثم قال: ويحتمل أن تكون المسألة مما يتفق فيه الوجهان لكنه بعيد لأن اتفاق الوجهين لا يختلف عدد الجراحات ولا الجارحين نبه على الاحتمالات الأربعة الولد أبو اليمن بارك الله فيه وفي أخيه. (قاله البكري في حاشيته).

الَّذي تعمَّد به، وأن سِحْره يَقْتُل غالباً يلزمه القصاص، ولو قال: قد يقتل، وقد لا يقتل، كان إقراراً بشبه العمْدِ، وإن قال: أخطأتُ، إنما قَصَدْتُ غيره، فهو إقرارٌ بالخطأ.

ويجوز أنْ يُعْلَمَ قوله: «يَلْزَمُهُ القصاصُ» بالواو؛ لوجهٍ أجملنا ذكره هناك، وبالحاءِ؛ لما بيَّنا أن عند أبي حنيفة؛ لا يلزمه القصاصُ ولكن لو تكرَّر ذلك منه [قال]: يقتل حدّاً؛ لأنه من الساعِينَ في الأرض بالفَسَاد، ثم الذي نقله الأئمةُ؛ أن دية شِبْه العَمْد المغلَّظة، ودية الخطأ المخفَّفة، تجب في ماله، ولا تُطَالَبُ العاقِلَةُ بشيء، لأن إقراره لا يلزمهم، نَعَمْ، لو صدَّقوه، وأخذنا بإقرارهم.

وقوله في الكتاب: «فالديةُ على العَاقِلة» يخالِفُ نقلَهُمْ المشهورَ؛ فيشبه أن يكون ذلك مِنْ سَبْق القلم، ولم يذكر في «الوسيط» الضَّرْبَ على العاقلة، لكن قال: «لو قَالَ: قَصَدْتُ غيره، فأصبْتُ اسْمَهُ، فهو خطَأٌ مَحْضٌ، وفي سائر جهاتِ القتلِ، إذا أقر الإِنسانُ بالقتلِ خطأً، ولا بينة، لا تطالَبُ العاقلةُ بشَيء، إن شاء الله تعالَىٰ، فلا يمكنُ أنْ يكونَ الحُكْمُ في السِّحْرِ بخلاف ذاك، والله أعلم.

القِسْمُ الثَّالِثُ مِنَ الكِتَابِ فِيمَنْ عَلَيْهِ الدِّيَةُ

قال الغَزَالِيُّ: **وَهُوَ الجَانِي إنْ كَانَ عَمْداً وَالعَاقِلَةُ إنْ لَمْ يَكُنْ عَمْداً، وَالنَّظَرُ فِي أَرْكَانِ الرُّكْنُ الأَوَّلُ فِي جِهَةِ العَقْلِ وَصِفَةِ العَاقِلَةِ أَمَّا الجِهَةُ فَثَلاَثَةٌ العُصُوبَةُ وَالْوَلاَءُ وَبَيْتُ المَالِ، أَمَّا المُخَالَفَةُ وَالمُوَالاَةُ فَلاَ تُوجِبُ العَقْلَ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عرفت أن القسم الثالث من كتاب الدِّيَاتِ فيمن تَجِبُ عليه الدِّيَةُ، وقد مَرَّ في بيان جهات التَّغْلِيظِ والتخفيف أن الدِّيَةَ في العَمْدِ على الجَانِي، وهو قِيَاسُ غَرَامَةِ المتلفات، وفي شبه العَمْدِ والخَطَإِ على العَاقِلَةِ، ولا فَرْقَ في العَمْدِ بين أن يكون مُوجِباً للدِّيَةِ ابْتِدَاءً كقتل الأَبِ الابْنَ، أو يكون مُوجِباً لِلْقَصَاصِ، فيعفى على الدية، وكما لا تَحْمِلُ العَاقِلَةُ دِيَةَ النَّفْسِ لا تحمل أيضاً دِيَةَ الأَطْرَافِ والجِرَاحَاتِ إذا وَقَعَتْ عَمْداً.

وعن مَالِكٍ: أن ما لا يُوجِبُ القِصَاصَ كَالهَاشِمَةِ والمُنَقِّلَةِ، فَأَرْشُهُ على العاقلة، وبَدَلُ العَمْدِ يجب حَالاً على قياسِ إبْدَالِ الغَرَامَاتِ. وعن أبي حنيفة أنه يجب مُؤَجَّلاً في ثلاث سِنِينَ.

والأصل في وجوبِ دِيَةِ شِبْهِ العَمْدِ والخَطَإِ على العاقلة ـ ما رُوِيَ أن امْرَأَتَيْنِ مِن «هُذَيْلٍ» اقتتلتا، فَرَمَتْ إحداهما الأُخْرَىٰ بِحَجَرٍ، ويروى: «بعمود فسْطَاطٍ» فقتلتها، فَأَسْقَطَتْ جَنِيناً، فقضى رسول الله ﷺ بالدِّيَةِ على عَاقِلَةِ القاتلة، وفي الجنين بِغُرَّةِ عَبْدٍ أو أَمَةٍ.

وهذه صورة شِبْهِ العَمْدِ، وإذا جرى التَّحَمُّلُ في بَدَلِ شِبْهِ العمد. ففي بدل الخَطَأِ

أولى، قال العلماء[١]: وتَغْرِيمُ غير الجَانِي خارج عن الأَقْيِسَةِ الظاهرة، إلا أن القَبَائِلَ في الجَاهِلِيَّةِ كانوا يَقُومُونَ بِنُصْرَةِ من جَنَى منهم، ويمنعون أَوْلِيَاءَ القتيلِ من أن يُدْرِكُوا بثَأْرِهِمْ، ويأخذوا من الجاني حَقَّهُمْ، فجعل الشرع بَدَلَ تلك النُّصْرَةِ بَذْلَ المال، وربما شَبَّهَ إعَانَةَ الأَقَارَبِ بتحمل الدِّيَةِ عنهم، بإعانة الأَجَانِبِ الذين غرموا لإِصْلاَحِ ذَاتِ البَيْنِ بصرف سَهْم من الزَّكَاةِ إليهم، وخصص الضَّرْب على العَاقِلَةِ بالخَطَإِ، وشِبْهِ العَمْدِ، لأن ذلك مما يكثر سيما في حَقِّ الذين يَتَعَاطَوْنَ الأَسْلِحَةَ، ولا يتأتى الاحْتِرَازُ عنه، فحسن[٢] إعَانَةُ القاتل؛ لئلا يَفْتَقِرَ بالسبب الذي هو معذور فيه، وإنما أُجِّلَتِ الدِّيَةُ على العاقلة نَظَراً لهم؛ ليتحملوا ما تَحَمَّلُوا في مُدَّةِ الأَجَلِ، ولا يشق عليهم أَدَاؤُهُ[٣].

ويحتاج في الضَّرْبِ على العاقلة إلى مَعْرِفَةِ المَضْرُوبِ عليهم، وإلى مَعْرِفَةِ كيفية الضَّرْبِ، فَلاَ بُدَّ من النَّظَرِ من هذين الرُّكْنَيْنِ، ولفظ الكتاب في النسخ [القديمة][٤]: «والنظر في أَرْكَان»، وكذلك هو في «الوسيط»، وليس فيهما إلا بِنَاءُ الكلام على الرُّكْنَيْنِ المذكورين، فليتبدَّلْ[٥] لفظ «الأركان» بـ«الركنين».

أما الركن الأَوَّلُ: ففيه فَصْلاَنِ: فصل في جهات التَّحَمُّلِ. وفصل في صفات المُتَحَمِّلِينَ. أما الجهات فهي ثلاث القَرَابَةُ، والوَلاَءُ، وبَيْتُ المال، على ما نفصلها، وليست المُخَالَفَةُ والمُوَالاَةُ من جهة التَّحَمُّلِ، فلا يتحمل الحَلِيفُ الدِّيَةِ، ولا العديد[٦] الذي لا عَشِيرَةَ له، فيدخل نَفْسَهُ في القبيلة ليُعَدَّ منهم؛ لأن الأَصْلَ عَدْمُ التحمل، فَيُقْتَصَرُ على ما وَرَدَ فيه النَّصُّ.

وعند أبي حنيفة يَتَحَمَّلُ الحَلِيفُ، وساعدنا في العديد[٧].

ولا يتحمل أَهْلُ الديوان بَعْضُهُمْ من بعض، والمُرَادُ الذين رَتَّبَهُمُ الإمام لِلْجِهَادِ، وأَدَرَّ لهم أَرْزَاقاً وجعلهم تحت رَايَةِ أمير يَصْدِرُونَ عن رَأْيِهِ.

وعند أبي حنيفة: يَتَحَمَّلُ بعضهم عن بعض، وإن لم يكن بينهم قَرَابَةٌ، ويتقدمون على الأَقَارِبِ اتِّبَاعاً لما وَرَدَ من قَضَاءِ عمر ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ.

واحتج الأَصْحَابُ بأن النبي ﷺ قضى بالدِّيَةِ على العَاقِلَةِ[٨]، ولم يكن في عهدهِ

---

(١) في ز: العماء.
(٢) في ز: فحبس.
(٣) في ز: أداؤه.
(٤) سقط في ز.
(٥) في ز: فليبدل.
(٦) في أ: الغريب.
(٧) في أ: الغريب.
(٨) أما قضاء عمر: فرواه الشافعي، وروي من حديث جابر: أول من دون الدواوين، وعرف العرفاء، عمر، وروى الحاكم من حديث ابن إسحاق حدثني عمر بن عثمان بن الأخنس بن شريق، قال: =

دِيوَانٌ، ولا في عَهْدِ أبي بَكْرٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ وإنما وَضَعَهُ عمر ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ حين كثر النَّاسُ، واحتاج إلى ضَبْطِ الأَسْمَاءِ والأرزاق، فلا يترك ما اسْتَقَرَّ في عَهْدِ رسول الله ﷺ بما حَدَثَ بعده.

وقَضَاءُ عمر ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ كان في الأَقَارِبِ من أهل الدِّيوَانِ. وقوله في الكتاب: «والعَاقِلَةُ إن لم يكن عمداً» يجوز أن يُعْلَمَ بالواو؛ لِوَجْهٍ قَدَّمْنَاهُ أن دِيَةَ شِبْهِ العَمْدِ لا تضرب على العاقلة. وقوله: «في جهة العَقْلِ» يعني: جهة تَحَمُّلِ الدية.

والعَقْلُ: مصدر عَقَلَ يَعْقِلُ، يقال: عَقَلْتُ فلاناً إذا أَدَّيْتُ دِيَتَهُ، وعَقَلْتُ عن فُلاَنٍ إذا لزمته دِيَةٌ، فَأَدَّيْتُهَا، والعَقْلُ أيضاً: الدِّيَةُ نفسها، سميت بذلك، لأن إبِلَ الدِّيَةِ تعقل بِفِنَاءِ القتيل، أي: تُوضَعُ عليها عِقَالُهَا، وسميت العَاقِلَةُ عَاقِلَةً؛ لأنهم يَعْقِلُونَ الإِبَلَ بِفَنَائِهِ، ويقال: بل لأنهم يمنعون عن القَاتِلِ، والعَقْلُ: المَنْعُ، وبه سمي العَقْلُ؛ لأنه يمنع من الفَوَاحِشِ والمنكرات. وقوله: «العُصُوبة» محمول على عُصُوبَةِ القَرَابَةِ، وإلا فهي تشمل الوَلاَءَ وبيت المال، ولو أطلق لفظ القَرَابَةِ كان أَحْسَنَ، كما قال: الجهة الأولى القَرَابَةُ. وقوله: «فلا يوجب العَقْل» مُعْلَمٌ بالحاء.

قال الغَزَالِيُّ: (ح) الجِهَةُ الأُولَىٰ القَرَابَةُ وَهُوَ كُلُّ عَصَبَةٍ سِوَى أَبْعَاضِ الجَانِي مِنْ آبَائِهِ وَبَنِيهِ فَإِنْ كَانَ ابْنُهَا ابْنَ ابْنِ عَمِّهَا فَفِي الضَّرْبِ وَجْهَانِ، وَفِي تَقَدُّمِ الأَخِ لِلأَبِ وَالأُمِّ عَلَى الأَخِ لِلأَبِ قَوْلاَنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إحدى جهات التَّحَمُّلِ القَرَابَةُ، فإنها أَقْوَى جهات العُصُوبَةِ، وإنما يَتَحَمَّلُ الذين هم على حَاشِيَةِ النَّسَبِ، وهم الإِخْوَةُ وبنوهم، والأَعْمَامُ وبنوهم.

فأما أب الجاني وأَجْدَادُهُ وبنوه، وبنو بَنِيهِ، فإنهم لا يَتَحَمَّلُونَ؛ لأنهم أَبْعَاضُهُ، فكما لا يتحمل الجَانِي، لا يتحمل أَبْعَاضه.

= أخذت من آل عمر هذا الكتاب، كان مقروناً بكتاب الصدقة الذي كتب للعمال: بسم الله الرحمن الرحيم، هذا كتاب محمد رسول الله، بين المسلمين والمؤمنين من قريش والأنصار ومن تبعهم، ولحق بهم، وجاهد معهم، إنهم أمة واحدة، المهاجرين من قريش على ربعتهم، يتعاقلون بينهم، والأنصار على ربعتهم، يتعاقلون، الحديث. وفي صحيح مسلم من حديث أبي الزبير أنه سمع جابراً يقول: كتب رسول الله ﷺ على كل بطن عقوله.

حديث عمر: أنه قضى على عليّ أن يعقل عن ولي صفية بنت عبد المطلب، وقضى بالميراث لابنها الزبير، ولم يضرب الدية على الزبير، وضربها على عليّ، كان ابن أخيها، البيهقي من حديث سفيان عن حماد عن إبراهيم أن علياً والزبير اختصما في موالي لصفية إلى عمر، فقضى بالميراث للزبير، والعقل على عليّ، وهو منقطع. قاله الحافظ في التلخيص.

وقد روي عن أبي هُرَيْرَةَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ امْرَأَتَيْنِ من «هُذَيْلٍ» اقْتَتَلَتَا، فقتلت إحداهما الأُخْرَى، ولكل واحدة منهما زَوْجٌ وَوَلَدٌ، فقضى رسول الله ﷺ بِدِيَةِ المَقْتُولِ على عاقلة القاتلة، وبَرَّأَ الزوج والولد، ثم ماتت القَاتِلَةُ، فجعل النبي ﷺ مِيرَاثَهَا لبنيها، والعَقْلَ على العَصَبَةِ[١]. وقال أبو حَنِيفَةَ ومالك: يَتَحَمَّلُ الآباء والبنون كَسَائِرِ العَصَبَاتِ.

ثم في الفصل صورتان:

إحداهما: إذا قَتَلَت امْرَأَةٌ، لها ابْنٌ هو ابن عمها، هل يَتَحَمَّلُ العَقْلَ؟ فيه وجهان:

أحدهما ـ ويحكى عن الشيخ أبي عَلِيٍّ ـ: نعم، ولا تجعل البُنُوَّةَ مَانِعَةً، كما لا تجعلُ مُوجِبَةً لِلتَّحَمّلِ، وهذا كما أنه يلي أَمْرَ نكاحها.

وأظهرهما: لا، والبَعْضِيَّةُ مَانِعَةٌ من التحمل؛ لأن مَالَ أَبْعَاضِهِ كَمَالِهِ، ألا ترى أن نَفَقَتَهُ تَجِبُ في مَالِ أَبْعَاضِهِ، كما تجب في مَالِهِ، وكما لا يُؤْخَذُ من ماله لا يُؤْخَذُ من أموالهم. وأيضاً فقد روي أن رَجُلاً أتى النبي ﷺ ومعه ابنه، فقال: «مَنْ هَذَا»؟ قال: ابني، قال: «أَمَا إِنَّهُ لا يَجْنِي عَلَيْكَ، وَلاَ تَجْنِي عَلَيْهِ»[٢].

وليس المراد نَفْيَ الجِنَايَةَ، وإنما المعنى أنه لا يَلْزَمُكَ مُوجِبُ جِنَايَتِهِ، ولا يلزمه مُوجِبُ جِنَايَتِكَ، فَدَلَّ أن البُنُوَّةَ مَانِعَةٌ.

الثانية: يراعى الترتيب في العَصَبَاتِ، فيقدم الأَقْرَبُ فالأَقْرَبُ، خلافاً لأبي حَنِيفَةَ، حيث قال يفض الواجب على القريب والبعيد بالسَّوِيَّةِ.

لنا أن تَحَمُّلَ العَقْلِ حكم من أحكام العُصُوبَةِ، فَتُقَدَّمُ دِيَةُ الأقرب على الأَبْعَدِ، كما في الميراث وولاية[٣] التَّزْوِيجِ.

---

(١) رواه الشافعي والشيخان وغيرهما من حديث أبي هريرة دون الزيادة، ورواه أبو داود بلفظ: ثم إن المرأة التي قضى عليها بالغرة توفيت، فقضى رسول الله ﷺ بأن ميراثها لبنيها، وأن العقل على عصبتها، ورواه أبو داود وابن ماجة من حديث جابر وفيه: ولكل واحدة منهما زوج وولد، نحوه، وفي إسناده مجالد، وصححه النووي في الروضة بهذا اللفظ، وفيه ما فيه، لأن مجالداً ضعيف لا يحتج بما ينفرد به، وروى ابن أبي شيبة من طريق عبيد بن نضلة عن المغيرة قال: قضى رسول الله ﷺ على عاقلتها بالدية وغرة في الحمل.

(٢) رواه أحمد وأبو داود والنسائي والحاكم من رواية أبي رمثة نحوه، وأحمد أيضاً وأبو داود والترمذي وابن ماجة، من حديث عمرو بن الأحوص أنه شهد حجة الوداع مع النبي ﷺ، فقال: لا يجني جان إلا على نفسه، لا يجني جان على ولده، وأحمد وابن ماجة وابن حبان من رواية الخشخاش العنبري نحو حديث أبي رمثة، ولأحمد والنسائي معناه من رواية ثعلبة بن زهدم، والنسائي وابن ماجة وابن حبان من رواية طارق المحاربي، ولابن ماجة من رواية أسامة بن شريك.

(٣) في ز: وولائه.

ومعنى التقديم أن يَنْظُرَ في الواجب لِرَأْسِ الحَوْلِ، وفي الأقربين، فإن كان فيهم وَفَاءٌ إذا وَزَعَ الواجب عليهم إما لِقِلَّةِ الواجب، أو لكثرتهم، فَيُوَزَّعُ عليهم، ولا يُعْدَلُ إلى من بعدهم، وإلا شاركهم في التَّحَمّلِ من بعدهم، ثم الذين يَلُونَهُمْ. ويفارق الميراث؛ حيث لا يُشَارِكُ الأَبْعَدُ الأَقْرَبَ، لأن ما يجب على كل واحد من العَاقِلَةِ مُقَدَّرٌ بمقداره مَضْبُوطٍ على ما سيأتي إن شاء الله تعالى لا يُزَادُ عليه. وما يرثه كُلُّ واحد من العَصَبَةِ غير مُقَدَّرٍ، فيجوز الأقرب الكل.

والمُقَدَّمُ من الذين يَتَحَمَّلُونَ العَقْلَ الإِخْوَةُ ثم بنوهم وإن سفلوا، ثم الأعمام، ثم بنوهم، ثم أَعْمَامُ الأب، ثم بنوهم، ثم أعمام الجَدِّ على ما سَبَقَ في الميراث.

وهل يَتَقَدَّمُ المُدْلِي بالأبوين من هؤلاء على المُدْلِي بالأب كالأخِ من الأبوين مع الأخ من الأب أم يَسْتَوِيَانِ؟ فيه قولان:

القديم: أنهما يَسْتَوِيَانِ؛ لأن النساء لا يتحملن العَقْلَ بحال، فلا تؤثر قَرَابَتُهُنَّ فيه.

والجديد: أنه يَتَقَدَّمُ المُدْلِي بالأَبَوَيْنِ؛ لأنهما يَتَحَمَّلَانِ من العَصَبَةِ[1]، فيتقدم من يتقدم في المِيرَاثِ، كالأَخِ مع ابن الأخ، والقولان كالقولين في وِلَايَةِ النكاح.

«فَرْعٌ»

ذَوُو الأَرْحَامِ لا يتحملون العَقْلَ.

قال في «التتمة»: إلا على طريقة من يَرَى تَوْرِيثَهُمْ، فيتحملون عند عَدَمِ العَصَبَاتِ، كما يرثون عند عَدَمِهِمْ، ولا تحمل بالزَّوْجِيَّةِ بِحَالٍ.

وقوله في الكتاب: «وهو كل عَصَبَةٍ» لا تَعُودُ إلى القَرَابَةِ، فإنها جهة التَّحَمُّلِ، والمقصود ههنا بَيَانُ المحتمل، فالمعنى: والمتحمل بهذه الجِهَةِ كل عَصَبَةٍ إلى آخره، فهو من قبيل الكِنَايَةِ عن غير المَذْكُورِ.

وقوله: «فإن كان ابْنُهَا ابْنَ ابْنِ عَمِّهَا»، قد يوجد في بعض النُّسَخِ: «فإن كان ابْنُهَا ابْنَ عَمِّهَا» بحذف أحد لفظي «الابن»، والمقصود الأول، وإن حذف، فلا يُتَصَوَّرُ أن يكون ابنها ابن عمها لحّاً، وقد يسمى ابْنُ الابْنِ ابْناً.

قال الغَزَالِيُّ: **الجِهَةُ الثَّانِيَةُ: الوَلَاءُ فَإِنْ لَمْ يُصَادِفْ عَصَبَتَهُ فَعَلَى مُعْتِقِ الجَانِي، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَعَصَبَاتُ المُعْتِقِ، ثُمَّ مُعْتِقُ المُعْتِقِ، ثُمَّ عَصَبَاتُهُ، ثُمَّ مُعْتِقُ أَبِ المُعْتَقِ، ثُمَّ عَصَبَاتُهُ هَكَذَا عَلَى التَّرْتِيبِ كَالمِيرَاثِ، وَفِي دُخُولِ ابْنِ المُعْتِقِ وَأَبِيهِ وَجْهَانِ.**

---

(١) في أ: بالعصبة.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الجهة الثانية الوَلاَءُ، وهي متأخرة عن عُصُوبَةِ النَّسَبِ، كما في الميراث، فإذا لم يكن للجاني عَصَبَةٌ من النسب أو كانوا، ولم يَفِ التَّوْزِيعُ عليهم بالواجب، فيتحمل مُعْتِقُهُ إن كان الجاني عَتِيقاً، فإن لم يكن، أو فَضَلَ عنه شيء تَحَمَّلَ عَصَبَاتُهُ من النَّسَبِ، فإن لم يكونوا، أو فَضَل تحمل مُعْتِقُ المُعْتَقِ، ثم عَصَبَاتُهُ.

وهل يدخل في عَصَبَاتِ المُعْتِقِ ابْنُهُ وأبوه؟

فيه وجهان عن رواية القَفَّالِ وغيره:

أحدهما: نعم؛ لأنهما من العَصَبَةِ، وإنما لم يَدْخُلِ ابن الجَانِي وأبوه لِلْبَعْضِيَّةِ، ولا بَعْضِيَّةَ بين الجاني وبين ابن المُعْتِقِ وأبيه.

وأظهرهما: المنع، واعتمدوا فيه ما روي أن عمر ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ قضى على عَلِيٍّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ بأن يَعْقِلَ عن موالي صَفِيَّةَ بنت عبد المُطَّلِبِ، وقضى بالميراث لابنها الزُّبَيْر بن العَوَّام ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ ولم يضرب الدِّيَةَ على الزبير ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ، وضَرَبَهَا على عَلِيٍّ ـ كَرَّمَ الله وَجْهَهُ ـ؛ لأنه كان ابْنَ أخيها[1]، واشتهر ذلك فيما بينهم.

ومنعها[2] الإمام، وصاحب الكتاب في «الوسيط»، فَجَعَلاَهُ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ ابْنَ عَمِّهَا، ويجري الوجهان في ابن مُعْتِقِ المُعْتَقِ وأبيه، إذا لم يُوجَدْ من له نِعْمَةُ الوَلاَءِ على الجاني، ولا أحد من عصباته، فيتحمل معتق الأب، ثم عصباته، ثم مُعْتِقُ معتقِ الأب، ثم عَصَبَاتُهُ، كما ذكرنا في الجَانِي.

فإن لم يوجد من له نِعْمَةُ الوَلاَءِ على الأب، فيتحمل مُعْتقُ الجَدِّ، ثم عَصَبَاتُهُ كذلك إلى حيث ينتهي.

وقوله في الكتاب: «فإن لم يُصَادِفْ عصبته» أي: من النَّسَبِ.

يقال: صَادَفَ الشَّيْءَ، أي: وَجَدَهُ، ويمكن أن يُشَارَ بهذه اللفظة إلى شيء، وهو أن النَّاسَ كلهم أَوْلاَدُ لآدم ـ عليه السلام ـ ولكل واحد منهم عَصَبَاتٌ من بني الأعمام أَقْرَبُ من غيرهم لا مَحَالَةَ، إلا أنهم لا يعرفون إذا لم يُضْبَطِ النَّسَبُ، فلم يقل: فإذا لم يكن له عَصَبَةٌ، ولكن قال: فإذا لم يوجدوا؛ لِيُبَيِّنَ أن الرجل إذا لم يُعْرَفْ نَسَبُهُ وَقبِيلَتُهُ يعرض عن عَصَبَاتِهِ من جهة النسب، وينظر هل عليه وَلاَءٌ أم لا؟

واللَّقِيطُ الذي لا يُعْرَفُ نَسَبُهُ لو ادَّعَاهُ رجل، أو انْتَسَبَ إلى مَيِّتٍ، واعترف به

---

(١) أخرجه البيهقي من حديث سفيان عن حماد عن إبراهيم أن علياً والزبير اختصما في موالي لصفية إلى عمر، فقضى بالميراث للزبير، والعقل على عليّ، وهو منقطع.

(٢) في أ: وسها.

وَرَثَتُهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ، وأخذت[1] الدية إذا جنى خَطَأً على عصباته، فإن قامت البَيِّنَةُ على أنه من قبيلة أخرى، فالحكم لِلْبَيِّنَةِ.

وقوله: «ثم مُعْتِق أَبِ المعتق» ليس على معنى أن الذي يَلِي مُعْتِق المعتق وعَصَبَاته هو مُعْتَقُ أب المُعْتَقِ، بل يَتَقَدَّمُ معتق المعتق على مُعْتقِ أَبِ المعتق، على ما هو مُبَيَّنٌ في بَابِ الوَلاَءِ.

قال الغَزَالِيُّ: **وَإِذَا أُعْتِقَت المَرْأَةُ لَمْ يُضْرَبْ عَلَيْهَا بَلْ عَلَى عَصَبَاتِهَا كَمَا يُزَوِّجُونَ عَتِيقَتَها، وَالشُّرَكَاءُ فِي عَتْقِ عَبْدٍ وَاحِدٍ كَشَخْصٍ وَاحِدٍ لاَ يَلْزَمَهُمْ أَكْثَرُ مِنْ نِصْفِ دِينَارٍ، فَإِنْ مَاتَ وَاحِدٌ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْ عَصَبَاتِهِ لاَ يَحْمِلُ أَكْثَرَ مِنْ حِصَّةِ المُعْتِقِ لَوْ كَانَ حَيّاً، وَمَا دَامَ المُعْتِقُ حَيّاً فَلاَ يَرْقَى إِلَى عَصَبَاتِهِ وَإِنْ فَضَلَ عَنْهُ شَيْءٌ إِذْ لاَ وَلاَءَ لَهُمْ، فَإِنْ مَاتَ فَعَصَبَاتُهُ كَعَصَبَاتِ الجَانِي.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه ثَلاَثُ صُوَرٍ:

إحداها: سنذكر أن شَرْطَ تَحَمُّلِ العَقْلِ الذُّكُورَةُ، وأن المَرْأَةَ لا تتحمل الدية بِحَالٍ. فإذا أَعْتَقَتْ المَرْأَةُ مَمْلُوكاً لم تتحمل دِيَةَ جِنَايَتِهِ، وإنما يتحملها من يَتَحَمَّلُ الدِّيَةَ إذا جنت المُعْتِقَةُ، كما أنها لما لم تكن أهلاً للتزويج يزوج عتيقها من يزوجها.

الثانية: إذا أعتق الشُّرَكَاءُ عَبْداً، فجنى خَطَأً تَحَمَّلُوا عنه تَحَمُّلَ الشخص الواحد؛ لأن الوَلاَءَ يثبت لجميعهم لا لِكُلِّ واحد منهم.

فإن كانوا أَغْنِيَاءَ، فالمَضْرُوبُ على جميعهم نِصْفُ دينَارٍ، وإن كانوا متوسطين، فَرُبُعُ دِينَارٍ، وإن كان بعضهم أَغْنِيَاءَ، وبعضهم مُتَوَسِّطِينَ، فعلى الغني حِصَّتُهُ في النصف لو كان الكل أَغْنِيَاءَ، وعلى المتوسط حِصَّتُهُ من الرُّبُعِ لو كان الكل متوسطين.

وإذا كان المُعْتِقُ وَاحِداً، وقد مات، وله عَصَبَاتٌ كالإِخْوَةِ مثلاً، فيضرب على كل واحد منهم حِصَّته تامة على ما تَقْتَضِيهِ حَالُهُ من الغِنَى والتَّوَسُّطِ، ولا يقال: يوزع عليهم ما كان يَتَحَمَّلُهُ المعتق في حَيَاتِهِ، كتوزيعنا القدر[2] المتحمل فيما لو أعتق الشُّرَكَاءُ عَبْداً؛ لأن الوَلاَءَ لا يَتَوَزَّعُ عليهم تَوَزُّعَهُ على الشركاء، ولا يرثون الوَلاَءَ في المعتق، إنما يَرِثُونَ بالوَلاَءِ، والسبب المحدث لهم انْتِسَابُهُمْ إلى من له الوَلاَءُ، فالوَلاَءُ في حقهم مُشَابِهٌ للنَّسَبِ، ومن يتحمل بالنسب نِصْفَ دِينَارٍ، يَتَحَمَّلُ كُلُّ واحد من المنتسبين إليه مِثْلَ ذلك كالأخ مع بنيه، وإذا مات وَاحِدٌ من الشركاء المعتقين أو جميعهم تَحَمَّلَ كُلُّ

---

(١) في ز: وأحدث.

(٢) في ز: العدد.

واحد من عَصَبَاتِهِ مِثْلَ ما كان يتحمله هو في حَيَاتِهِ، وهو حِصَّتُهُ من النصف والربع على ما يقتضيه حَالُ المحتمل من الغِنَىٰ التَّوَسُّطِ؛ لأن غايته نُزُولُهُ مَنْزِلَةَ ذلك الشريك المعتق.

الثالثة: ذكر في الكتاب أن المعتق ما دام حَيّاً لا يرقى إلى عَصَبَاتِهِ، ولا يضرب الباقي من الوَاجِبِ عليهم، وهذا ما رواه الإمام ورآه، ووجهه بأن العَصَبَاتِ لا حَقَّ لهم في الوَلاَءِ ما دام المُعْتِقُ حَيّاً، فإذا مات وَرِثُوا، وانتشر الحَقُّ إليهم، وصار الوَلاَءُ لُحْمَةً كَلُحْمَةِ النَّسَبِ، وأبدى تَرَدُّداً فيما إذا لم يَبْقَ المعتق، وضربنا على عَصَبَاتِهِ، هل يُخَصَّصُ بالأقربين؛ لأنهم المخصوصون بالوَلاَءِ والإرث به، أو يَتَعَدَّى إلى الأَبَاعِدِ صنيعنا من عَصَبَاتِ الجاني؟

وجعل الاحتمال الثَّاني أظهر، وهو الذي جَرَىٰ عليه صَاحِبُ الكتاب حيث قال: فإن مات، فَعَصَبَاتُهُ كعَصَبَاتِ الجاني، ويجوز أن يُعْلَمَ بالواو، للاحتمال الآخر، هذا ما ذكراه، وفي كَلاَمِ غيرهما ما يفهم جَوَازَ الارْتِقَاءِ من المُعْتِقِ، وهو حَيٌّ إلى عَصَبَاتِهِ[1]، وصرح به صاحب «الشامل» و«التتمة» وغيرهما، فقالوا: إن فضلت من المتناسبين فَضْلَةٌ قُسِّمَتْ على الموالي المعتقين، فإن بقي شيء قُسِّمَ على عَصَبَةِ المولى، فيجوز أن يُعْلَمَ لذلك قوله: «فلا يَرْقَىٰ إلى عَصَبَاتِهِ» بالواو.

قال الغَزَالِيُّ: وَفِي تَحَمُّلِ العَتِيقِ عَنِ المُعْتِقِ قَوْلاَنِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَتَحَمَّلُ فَاَجْتَمَعَ المَوْلَى الأَعْلَى وَالأَسْفَلُ فَالأَعْلَى أَوْلَى، وَالمُتَوَلِّدُ بَيْنَ العَتِيقِ وَالعَتِيقَةِ يَجِبُ عَقْلُهُ عَلَى مَوَالِي الأَبِ تَرْجِيحاً لِجِهَةِ الأُبُوَّةِ، فَإِنْ تَوَلَّدَ مِنْ عَتِيقَةٍ وَرَقِيقٍ فَالوَلاَءُ لِمَوَالِي الأُمِّ إِذْ لا وَلاَءَ عَلَى الأَبِ بَعْدُ، وَإِنْ أُعْتِقَ الأَبُ أَنْجَرَّ الوَلاَءُ إِلَى مَوَالِي الأَبِ، فَإِنْ جَنَى الوَلَدُ قَبْلَ جَرِّ الوَلاَءِ فَأَرْشُ الجِنَايَةِ عَلَى مَوَالِي الأُمِّ، وَمَا زَادَ بِسِرَايَةٍ بَعْدَ الجَرِّ عَلَى الجَانِي؛ لِأَنَّهُ نَتِيجَةُ جِنَايَتِهِ قَبْلَ الجَرِّ فَلاَ يَحْمِلُهُ مَوَالِي الأَبِ وَلِأَنَّهُ حَصَلَ بَعْدَ الجَرِّ فَلاَ يَحْمِلُهُ مُوَالِي الأُمِّ وَلِأَنَّهُ لَمْ يَحِلَّ عَنِ المَوَالِي فَلاَ يَحْمِلُهُ بَيْتُ المَالِ، وَلَوْ قَطَعَ يَدَيْنِ قَبْلَ الجَرِّ فَسَرَى بَعْدَهُ فَعَلَى مَوَالِي الأُمِّ دِيَةٌ كَامِلَةٌ، وَكَذَا إِذَا قَطَعَ اليَدَيْنِ وَالرِّجْلَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه مسألتان:

---

(١) قال في الخادم: الذي عليه الأئمة الضرب في حياته كما نقله صاحب الشامل والتتمة وصرح به القاضي أبو الطيب والماوردي والبندنيجي والصيدلاني والقاضي الحسين والفوراني في العمدة وغيرهم، وهو قضية كلام الجمهور بل نصوص الشافعي متضافرة بأن عصبة المعتق يتحملون مع وجوده ولفظه في المختصر، فإن عجز عن بعض تحمل الموالي المعتقون وهم عواقل عقله عواقلهم.

وقال في الأم: وإن كان له قرابة تحمل بعض العقل عقل القرابة، وإذا فقد عقل الموالي=

إحداهما: في تَحَمّلِ العَتِيقِ عن المعتق إذا جَنَى خَطَأً قولان:

أصحهما، وبه قال أبو حَنِيفَةَ، ويُحْكَىٰ عن أصحاب مَالِكٍ أنه لا يتحمل(١) عنه؛ لأنه ليس بمناسب [له](٢)، ولا له عليه وَلاَءٌ، فأشبه الأَجَانِبَ؛ ولأنه حُكْمٌ من أحكام الوَلاَءِ، فَيَخْتَصُّ بالمعتق كالميراث.

والثاني: يحتمل؛ لأن التحمل لِلنُّصْرَةِ(٣)، والعتيق أَوْلَى بِنُصْرَةِ المعتق؛ لإِنْعَامِهِ عليه، ويخالف الميراث؛ لأن ذلك في مُقَابَلَةِ النِّعْمَةِ التي لِلْمُعْتِقِ بسبب الإِعْتَاقِ، ولا نِعْمَةَ لِلْعَتِيقِ على المُعْتِقِ.

فإن قلنا بالقول الثاني، **فهذه جِهَةٌ أخرى من جِهَاتِ التَّحَمُّلِ**، وراء الثلاث، ويَتَأَخَّرُ العَتِيقُ في التحمل عن المُعْتِقِ، ولم يُوجَدْ شيء من عَصَبَاتِهِ بِحَالٍ؛ لأنه لا يَتَحَمَّلُ الجاني عنهم، فكذلك لا يَتَحَمَّلُونَ عنه.

قال في «البَيَانِ»: والذي يقتضيه المَذْهَبُ أن يكون في عَتِيقِ العَتِيقِ القولان؛ لأن الجَانِي يَتَحَمَّلُ عنه.

الثانية: سيأتي في باب العِتْقِ في فَصْلِ الوَلاَءِ أن من لم يَمَسُّهُ الرِّقُّ أَصْلاً، لكنه مَسَّ أباه، أو جَدَّهُ، أو أُمَّهُ، فقد يثبت الوَلاَءُ عليه لمعتقهم، وأنه إذا كانت الأُمُّ عَتِيقَةً، والأب رَقِيقٌ يثبت الوَلاَءُ على الولد المُعْتِقِ الأُمِّ، فإن أعتق الأَب الحُرّ، ولاء الولد إلى مُعْتِقِ الأَبِ، ويحمل العقل إذا جَنَى يتفرع على ثبوت الوَلاَءِ، فمن له الوَلاَءُ، فهو الذي يتحمله فلو جنى المتولِّدُ من عتيقةٍ وعتيقٍ، فالوَلاَءُ لمولى الأب، وهم الذين يتحملون عنه ترجيحاً لجهة الأُبُوَّةِ، والمتولد من عَتِيقَةٍ ورَقِيقٍ إن قتل إِنْسَاناً، فالدِّيَةُ على موالي الأُمِّ، ولو جرح إِنْسَاناً، فأعتق أَبُوهُ، ثم مات المجني عليه، فقدر أرش الجراحة على مَوَالِي الأم، والبَاقِي يَجِبُ على الجَانِي؛ لأنه لا يمكن إيجابه على مُعْتِقِ الأُمِّ؛ لأنه خرج بِإِعْتَاقِ الأب عن اسْتِحْقَاقِ الوَلاَءِ، فلا يلزمه ما يَجِبُ بعد ذلك، ولا يمكن إِيجَابُهُ على معتق الأب؛ لأنه وجب بِسَرَّيَةِ جِنَايَةٍ وُجِدَتْ قبل انجرار الوَلاَءِ إليه، فلا يلزمه

= المعتقون، فإن عجزوا هم وعواقلهم عقل فأبقى جماعة المسلمين وهذا صرح في ثبوته لهم في حياته ونص في الأم أيضاً على عصبة المعتق الدين على دين العتيق يرثون العتيق وإن كان المعتق حياً فأثبت الشافعي لهم الولاء والميراث معه في حياة المعتق وهذا قد خالفه فيه القاضي الحسين وجعل المال لبيت المال انتهى. واستبعد الشيخ البلقيني ما قاله القاضي الحسين وتقدم في كتاب التنبيه على ذلك.

(١) وترجيح المنع خلاف نص الشافعي في كتبه فنص في الأم والمختصر والبويطي على أنه يتحمل ولا يرث. ولما ذكر الشيخ أبو حامد نص المختصر قال: الذي نص عليه الشافعي ههنا أنهم يتحملون.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: للفترة.

تحمله، ولا يمكن إيجابه من بيت المال؛ لأنه لم يَخْلُ عن المعتق، ووجد في الحالتين من هو أَوْلَى من بيت المال.

وأيضاً فالضَّرْبُ على العَاقِلَةِ على خلاف القياس، فسقط بالشُّبْهَةِ كالقِصَاصِ. هذا ما أجاب به ابْنُ الحَدَّادِ، وساعده الأَصْحَابُ والإمام، ولصاحب[(١)] الكتاب احْتِمَالٌ في الضَّرْبِ على بَيْتِ المال؛ لأنه إذا تَعَذَّرَ الضرب على المعتق كان كمن لا مُعْتِقَ له، إذا عرف ذلك، فلو أوضح خَطَأً، ثم أعتق أبوه، ثم سَرَتِ المُوضِحَةُ إلى نفس المَجْنِيِّ عليه، فَأَرْشُ المُوضِحَةِ، وهو نصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ على مُعْتِقِ الأم، وباقي الدِّيَةِ على معتق الأب.

ولو كانت الجِرَاحَةُ قَطْعُ أُصْبُعٍ، والتصوير كما ذكرنا، فالوَاجِبُ على معتق الأم عُشْرُ الدِّيَةِ، ولو تأملت الجِرَاحَةُ فسقَط الكَفُّ، ثم أعتق الأَب، ثم مات المَجْنِي عليه، فَنِصْفُ الدِّيَةِ على مُعْتِقِ الأُمِّ؛ لأن السِّرَايَةَ إلى اليَدِ حَصَلَتْ حين[(٢)] كان الوَلاَءُ له، فكانت كأصل الجِرَاحَةِ، والباقي على مُعْتِقِ الأب.

ولو قَطَعَ يَدَيْهِ، أو يديه ورِجْلَيْهِ، ثم أَعْتَقَ الأب، ثم مات المَجْنِي عليه، فَعَلَىٰ معتق الأُمِّ دِيَةٌ كَامِلَةٌ؛ لأن الجِرَاحَةَ حين كان الوَلاَءُ يُوجِبُ هذا القدر، والمعتبر ألا يزيد قَدْرُ الوَاجِبِ على مُعْتِقِ الأم بالسِّرَايَةِ الحاصلة بعد الانْجِرَارِ.

وقوله في الكتاب: «وما زاد بِسِرَايَةِ القَطْعِ بعد الجر على الجاني» [فيه بَيَانٌ][(٣)] أن السِّرَايَةَ قبل الجر على موالي الأُمِّ.

وقوله: «لأنه نتيجة جِنَايَةٍ قبل الجَرِّ...» إلى آخره تَوْجِيهٌ للوجوب على الجَانِي، والمعنى: أن الدِّيَةَ لو لم تكن عليه، فإما أن تكون على مَوَالِي الأُمِّ، أو موالي الأب، أو في بيت المال، والأَقْسَامُ بَاطِلَةٌ، وقد مَرَّ ما تَوَجَّهَ به بُطْلاَنُ كل قسم عند[(٤)] ذِكْرِ ذلك القِسْمِ، ويمكن أن يُعْلَمَ قوله: «وما زاد بِسِرَايَةٍ بعد الجَرِّ على الجاني» بالواو، لما سَنُبَيِّنُهُ، ثم للمسألة نَظَائِرُ منها:

المُتَوَلِّدُ بين عتيق ورقيق إذا حَفَرَ بِئْراً في محل عُدْوان، أو أَشْرَعَ جَنَاحاً أو مِيزَاباً، ومات إنسان بهذه الأَسْبَابِ تكون الدِّيَةُ على مَوَالِي الأُمِّ، وإن أعتق أَبُوهُ، ثم حصل الهَلاَكُ ببعض[(٥)] الأَسْبَابِ تكون الدِّيَةُ في ماله، ولو حفر العبد ثم عتق[(٦)]، ثم تَرَدَّى فيها إنسان أو رمى إلى صيد، فعتق، ثم أَصَابَ السَّهْمُ إنساناً تجب الدِّيَةُ في مَالِهِ، ولو قطع يَدَ إنسان خَطَأً، فأعتقه سَيِّدُهُ، ثم سَرَىٰ إلى النفس، فالسيد بإعْتَاقِهِ يصير مُخْتَاراً للفداء،

---

(١) في ز: وصاحب.
(٢) في ز: حتى.
(٣) سقط من ز.
(٤) في ز: على.
(٥) في ز: بهذه.
(٦) في ز: أعتق.

فعليه الأَقَلُّ من نِصْفِ الدِّيَةِ، وكمال قيمة العَبْدِ، ويجب في مَالِ الجَانِي نِصْفُ الدية، وذلك لأن السِّرَايَةَ حصلت بعد العِتْقِ بِجِنَايَةٍ كانت في الرق.

قال صاحب «التهذيب»: ويجيء وَجْهٌ آخر أن السَّيِّدَ يَفْدِي بالأَقَلِّ من كَمَالِ الدية، وكمال القيمة؛ لأن الجِنَايَةَ وُجِدَتْ في الرِّقِّ.

ومنها: لو رمى ذمِّيٌّ إلى صَيْدٍ، فأسلم، ثم أصاب إِنْسَاناً، فالدِّيَةُ في ماله لا تُضْرَبُ على عَاقِلَتِهِ الذميين، ولا على عَاقِلَتِهِ المسلمين.

أما الذِّمِّيُّونَ؛ فلأنهم لم يكونوا عَاقِلَتَهُ عند الإصابة، وأما المسلمون فلأنهم لم يكونوا عَاقِلَتَهُ عند الرَّمْيِ، وإنما يَتَحَمَّلُ من يكون عَاقِلَتَهُ في الحالين.

ولو رمى يَهُودِيٌّ إِلَىٰ صَيْدٍ، ثم تَنَصَّرَ أو تَمَجَّسَ، ثم أصاب السَّهْمُ إنساناً، قال الأئمة: إن قلنا: لا يقر عليه، فهو مُرْتَدٌّ لا عَاقِلَةَ له، فتكون الدِّيَةُ في ماله.

وإن قلنا: يقر تكون الدِّيَةُ على عاقلته على أي دِينٍ كانوا؛ لأن الكُفْرَ كله مِلَّةٌ واحدة، ولكن يَحْمِلُ بَعْضُهُمْ عن بعض على خِلَافٍ سنذكره.

ولو جرح ذِمِّيٌّ إِنْسَاناً خَطَأً، وأسلم الجَارِحُ، ثم مات المَجْرُوحُ، فَأَرْشُ الجِرَاحَةِ على عاقلته الذِّمِّيِّينَ، والباقي في مَالِهِ، فإن زَادَ أَرْشُ الجِرَاحَةِ على دية النَّفْسِ بأن قطع يَدَيْهِ ورجليه، فالواجب هو دِيَةُ النفس على عَاقِلَتِهِ الذميين، هكذا ذكره ابن الحَدَّادِ، وساعده أكثرهم.

وفيه وجه آخر أن ما زَادَ بالسِّرَايَةِ وأَرْشِ الجراحة كله على عاقلته الذميين[1]؛ اعْتِباراً بحالة الجناية وهذا ما أَوْرَدَهُ صاحب «المهذب»، وربما بنى الخلاف على الخِلَافِ فيما إذا جرح ذِمِّيٌّ ذِمِّيّاً، ثم أسلم الجَارِحُ، ومات المَجْرُوحُ، هل يقتصُّ[2] منه؟ إن قلنا: نعم؛ اعتباراً بحالة الجَرْحِ، فجميع الدِّيَة عليهم.

وإن قلنا: لا نقتصُّ[3] لم يلزمهم كَمَالُ الدية، والوَجْهُ مَجِيءُ الوجه المذكور ههنا في مسألة الكتاب.

ولو عاد بعد الإِسْلَام، وجنى على المَجْنِي عليه جِنَايَةً أخرى خَطَأً، ومات منهما، فَنِصْفُ الدِّيَةِ على عَاقِلَتِهِ المسلمين، وأما عاقلته الذِّمِّيُّونَ فإن كان أَرْشُ الجراحة نِصْفَ الدِّيَة أو أكثر، فعليهم النِّصْفُ أيضاً، وإن كان أقل بأن كان قد أَوْضَحَ رَأْسَهُ، أو قطع أُصْبُعاً من أَصَابِعِهِ، فَأَرْشُ الجِرَاحَةِ على عاقلته الذميين، وما زاد إلى تمام النِّصْفِ على

(١) وأوضح منها أن يقال: وفيه وجه أنهم يتحملون الدِّية.
(٢) في ز: يقبض. (٣) في ز: نقبض.

الجاني، فيجب في قَطْعِ الأُصْبُعِ عُشْرُ الدِّيَةِ على عاقلته الذميين، وأَرْبَعَةُ أَعْشَارِهَا، وهي تمام النصف في مال الجَانِي. وإن كانت الجِرَاحَةُ بعد الإِسْلَامِ مُذَفِّفَةً، فقد ذكر الشيخ أبو علي وغيره أن أَرْشَ الجراحة الوَاقِعَةِ في الكُفْرِ يكون على عَاقِلَتِهِ الذميين، والباقي إلى تمام الدِّيَةِ على عاقلته المسلمين.

وفي «النهاية» و«البيان» أن هذا جواب على قول ابن سُرَيْجٍ والإِصْطَخْرِيِّ فيما إذا جَرَحَ، ثم قَتَلَ أنه لا يدخل أَرْشُ الجِرَاحَةِ في الدِّيَةِ[1].

أما إذا قلنا: يدخل، وهو الظَّاهِرُ، فجميع الدِّيَةِ على عَاقِلَتِهِ المسلمين، ولو أنه عاد بعد الإِسْلَامِ وجرحه مع آخر خطأ، فيبنى على الخِلَافِ الذي سَبَقَ في أن الدية تُوَزَّعُ على الجارحين، أو على الجِرَاحَاتِ.

فإن قلنا: على الجَارِحِينَ، وهو الأَظْهَرُ، فعليه نِصْفُ الدِّيَةِ، والنصف يلزمه[2] بالجِرَاحَتَيْنِ، مَحِصَّةُ جِرَاحَةِ الإسلام، وهي الرُّبُعُ على عَاقِلَتِهِ المسلمين، وينظر في جِرَاحَةِ الكُفْرِ، فإن كان أَرْشُهَا مِثْلَ ربع الدِّيَةِ أو أَكْثَرَ، فعلى عاقلته الذِّمِّيِّينَ الرُّبُعُ أيضاً، وإن كان دون الرُّبُعِ، فعليهم قَدْرُ الأَرْشِ، وهو الزِّيَادَةُ إلى تمام الرُّبُعِ في مال الجاني.

وإن وَزَّعْنَا على الجِرَاحَاتِ، فَثُلُثُ الدِّيَةِ، وهو حِصَّةُ جِرَاحَةِ الإسلام على عاقلته المسلمين، فينظر في جِرَاحَةِ الكُفْرِ، فإن كان أَرْشُهَا مِثْلَ ثلث الدية أو أكثر، فعلى عَاقِلَتِهِ الذميين الثُّلُثُ أيضاً، وإن كان أَقَلَّ فعليهم الأَرْشُ، والباقي إلى تَمَامِ الثلث في مَالِ الجاني.

ومنها: لو جَرَحَ إِنْسَاناً خَطَأً، ثم ارْتَدَّ، ثم مات المجروح بالسِّرَايَةِ، فأرش الجِرَاحَةِ على عَاقِلَتِهِ المسلمين، والباقي إلى تَمَامِ الدِّيَةِ في مال الجَانِي، فإن كان أَرْشُ الجِرَاحَةِ مِثْلَ الدِّيَةِ أو أكثر، كما إذا كان قد قَطَعَ يَدَيْهِ ورجليه، فَقَدْرُ الدِّيَةِ، وهو الواجب يَلْزَمُ العَاقِلَةَ، ولو جرح وهو مُرْتَدٌّ، فَأَسْلَمَ، ثم مات المَجْرُوحُ، فالدِّيَةُ في مَالِهِ؛ إذ لا عاقلة لِلْمُرْتَدِّ، ولو جرحه وهو مُسْلِمٌ، فَارْتَدَّ الجَارِحُ، ثم عاد إلى الإِسْلَامِ، ثم مات المَجْرُوحُ.

قال الشيخ أبو علي: في المسألة[3] قولان:

---

(١) وهذا فيه منازعة لأنا وإن قلنا بالتداخل فلا يقطع النظر عن حكم تعلق بالجرح بالنسبة إلى العاقلة ونحوه، ولهذا لو قطع يد إنسان خطأ ثم حز رقبته عمداً وعفى الولي عن القصاص وقلنا بالتداخل فإن النص أنه يجب نصف الدية مخففة على العاقلة والنصف مغلظة على الجاني وإن قلنا بالتداخل.

(٢) في ز: يلزم.

(٣) قال الشيخ البلقيني: الذي قاله الشيخ أبو علي موجود في الأم في ترجمة ردة المسلم قبل ما يجني وبعدما جنى وردة المجني عليه بعدما يجني عليه ثم ساق النص ثم قال: والقولان مطلقاً والأصح التحمل ولم يصرح في الكتاب بتصحيح.

أحدهما: أن جَمِيعَ الدِّيَةِ على عَاقِلَتِهِ؛ اعتباراً بالطَّرَفَيْنِ؛ ولا ينظر إلى الحالة المتخللة.

والثاني: أن على عاقلته[1] أَرْشَ الجِرَاحَةِ، وما زاد على الأَرْشِ إلى تمام الدِّيَةِ في مالِ الجاني؛ لأنه حَصَلَ بعض السِّرَايَةِ في حالة الرِّدَّةِ، فيصير شُبْهَةً دَارِئَةً لِلتَّحَمُّلِ، وجَزَمَ جَازِمُونَ بوجوب الجميع على العاقلة، إذا قصر زمان الرِّدَّةِ المُتَخَلِّلَةِ، وخصصوا القولين إذا طَالَ زمانها.

قال في «التهذيب»: ويجيء وَجْهٌ آخر أن على العَاقِلَةِ ثُلُثَيِ الدية لوجود الإِسْلاَمِ في الأول والآخر.

ولو رَمَىٰ سَهماً إلى صَيْدٍ وارْتَدَّ، فأصاب السَّهْمُ إنساناً، أو رمى المُرْتَدُّ إلى صَيْدٍ، فَأَسْلَمَ، فَأَصَابَ السهم، فالدِّيَةُ في ماله؛ لأنه تَبَدَّلَ حَالُهُ رَمْياً وإِصَابَةً، وإنما يَتَحَمَّلُ عنه إذا كان بِصِفَةٍ يتحمل عنه في الحالتين، ولو تَخَلَّلَتِ الرِّدَّةُ بين الرَّمْيِ والإِصَابَةِ، فكذلك الجواب في «التهذيب» وفي شرح الشيخ أبي عَلِيٍّ أنهم خَرَّجُوا المسألة على قولين:

أحدهما: أنه تجب الدِّيَةُ على عَاقِلَتِهِ المسلمين، اعتباراً بِحَالَتَي الرَّمْيِ والإصابة.

والثاني: أنها تَجِبُ في ماله لا يتحملون منها شَيْئاً؛ لأنها حدثت حالة خرجوا منها عن أن يكونوا من أَهْلِ التَّحَمُّلِ، فصار شُبْهَةً دَارِئَةً، والله أعلم.

قال الغَزَالِيُّ: **الْجِهَةُ الثَّالِثَةُ: بَيْتُ المَالِ فَإِذَا لَمْ نَجِدِ العُصُوبَةَ وَالوَلاَءَ أَخَذْنَا مِنْ بَيْتِ المَالِ إنْ كَانَ الجَانِي مُسْلِماً، فَإِنْ كَانَ ذِمِّياً رَجَعْنَا إِلَى الجَانِي.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: كما أن بَيْتَ المال [مَصَبٌّ][2] للتركة إذا لم يكن للميت عَصَبَةٌ بالنسب، ولا بالوَلاَءِ، فكذلك يحتمل بَيْتُ المال جِنَايَةَ من ليس له عَصَبَةٌ بالنسب ولا بالوَلاَءِ، وكذلك لو كانت العَصَبَةُ معسرين، أو كان لا يفي التَّوْزِيعُ عليهم بالواجب، فيكون الباقي على بيت المال، وهذا كُلُّهُ فيما إذا كان الجَانِي مُسْلِماً، أما إذا كان ذِمِّياً، فلا يتحمل عنه بَيْتُ المال، بل تكون الدِّيَةُ على الجاني؛ لأنه إذا مات، وَلاَ وَارِثَ له لا يُوضَعُ مَالُهُ في بيت المال إِرْثاً، وإنما هو فَيْءٌ كالجِزْيَةِ، وسائر أنواع الفَيْءِ لا تُوضَعُ هي في بيت المال، ألا ترى أنه لا يُعْتَبَرُ فيه مَوْتُ من كان مَالِكاً لها، والمستأمن في ذلك كالذِّمِّيِّ، وإذا أوجبنا الدِّيَةَ على الذمي لِعَدَمِ العَاقِلَةِ، فهل يتحمل أبوه وابنه؟ فيه وجهان كالوَجْهَيْنِ فيما إذا لم يكن للجاني المسلم عَاقِلَةٌ، ولا في بَيْتِ المال مَالٌ، وقلنا بوجوب الدِّيَةِ على الجاني، فهل يوجبُ على أبيه وابنه أيضاً، وسنذكرهما، والمُرْتَدُّ لا

(١) في ز: العاقلة.

(٢) في أ: بياض.

عَاقِلَةَ له؛ لأنه لا يورث منه، فإذا قتل إِنْسَاناً خَطَأً، تجب الدِّيَةُ في ماله مُؤَجَّلَةً، فإن مات سَقَطَ الأَجَلُ، [والله أعلم].

ويجوز أن يُعْلَمَ. قوله في الكتاب: «وإن كان ذِمِّيّاً رجعنا إلى الجَانِي» بالواو؛ لأنه ذكر في «البيان» أنه إذا لم يكن له عَاقِلَةٌ، أو بقي شيء بعد التَّوْزِيعِ عليهم، ففي الوجوب في مَالِهِ الخِلاَفُ الذي سيأتي إن شاء الله ـ تَعَالَىٰ ـ في المسلم إذا لم يكن له عَاقِلَةٌ خَاصَّةٌ، ولا في بيت المال مَالٌ.

قال الغَزَالِيُّ: **أَمَّا الصِّفَاتُ، فَلاَ يُضْرَبُ عَلَى مَجْنُونٍ وَصَبِيٍّ وَامْرَأَةٍ وَإِنْ كَانَتْ مُعْتِقَةً، وَلاَ عَلَى مُخَالِفٍ فِي الدِّينِ فَلاَ يَحْمِلُ مُسْلِمٌ مِنَ الذِّمِّيِّ وَلاَ الذِّمِّيُّ مِنَ المُسْلِمِ، وَفِي تَحَمُّلِ اليَهُودِيِّ مِنَ النَّصْرَانِيِّ قَوْلاَنِ، وَالحَرْبِيُّ لاَ يَتَحَمَّلُ، وَالمُعَاهَدُ كَالذِّمِّيِّ إِذَا لَمْ يَنْصَرِمْ عَهْدُهُ قَبْلَ مُضِيِّ أَجَلِ الضَّرْبِ، وَلاَ يُضْرَبُ عَلَى فَقِيرٍ وَإِنْ كَانَ مُعْتَمِلاً، وَيُضْرَبُ عَلَى الغَنِيِّ نِصْفُ (ح م) دِينَارٍ وَهُوَ الَّذِي مَلَكَ عِشْرِينَ دِينَاراً بَعْدَ المَسْكَنِ وَمَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ، وَعَلَى المُتَوَسِّطِ الرُّبُعُ وَهُوَ الَّذِي يَمْلِكُ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ وَلَكِنْ مَلَكَ مَا فَضَلَ عَنْ حَاجَتِهِ، وَيُنْظَرُ إِلَى اليَسَارِ فِي آخِرِ السَّنَةِ فَلَوْ طَرَأَ اليَسَارُ قَبْلَهَا أَوْ بَعْدَهَا فَلاَ الْتِفَاتَ إِلَيْهِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فرغنا من أحد الفصلين، وهو الكلام في جِهَاتِ التَّحَمُّلِ، والفصل الآخر من صفات المُتَحَمِّلِينَ، وهي خمس:

إحداها: التكليف، فلا تُضْرَبُ الدِّيَةُ على صَبِيٍّ، ولا مجنون، ولا مَعْتُوهٍ، وإن كانوا مُوسِرِينَ.

والثانية: الذُّكُورَةُ، فلا تُضْرَبُ على امْرَأَةٍ؛ لأنه ليست[1] لها أَهْلِيَّةُ النُّصْرَةِ والمُعَاوَنَةِ، ولا تضرب على خُنْثَىٰ؛ لاحتمال الأُنُوثَةِ، فَإِنْ بَانَ ذَكَراً، فهل يُغَرَّمُ حِصَّتَهُ التي أَدَّاهَا غيره؟ فيه وجهان مَرْوِيَّانِ في «التهذيب»[2].

والثالثة: المُوَافَقَةُ في الدِّينِ، فلا يَتَحَمَّلُ المسلم عن قريبه الذمي[3]، ولا بالعَكْسِ لانقطاع المُوَالاَةِ والمُنَاصَرَةِ بينهما، ولذلك لم يَتَوَارَثَا.

وهل يتحمل اليَهُودِيُّ عن قَرِيبِهِ النصراني أَوِ بالعكس؟ ذُكِرَ فيه قولان:

أحدهما: نعم، كما أنه يَرِثُ بعضهم من بعض، وهذا لأن الكُفْرَ كله مِلَّةٌ واحدة.

والثاني: لا لانقطاع المُوَالاَةِ بينهما، ويُحْكَىٰ[4] هذا عن أبي حَنِيفَةَ، هذا من

---

(١) في ز: ليس لهؤلاء.

(٢) قال النووي: لعل أصحهما: نعم.

(٣) في ز: قرينة الرمي.

(٤) في ز: وعلى.

الذميين، ولو كان للذمي أَقَارِبُ في دَار الحرب، فلا يَتَأَتَّىٰ الضَّرْبُ عليهم، وهم كالمَعْدُومِينَ. قال في «التتمة»: فإن قَدَرَ الإِمَامُ على الضَّرْبِ عليهم، فَيَنْبَنِي[١] على أن اخْتِلَافَ الدَّارِ، هل يمنع التَّوَارُثَ؟ إن قلنا: نعم، فَيَمْتَنِعُ الضرب أيضاً.

وإن قلنا: لا، ففيه وجهان، لانْقِطَاعِ المُنَاصَرَةِ باختلاف الدَّارِ، والمُعَاهَدُ كالذِّمِّيِّ، فيتحمل عنه الذِّمِّيُّ، ويحتمل هو عن الذِّمِّيِّ إذا زادت مُدَّةُ العَهْدِ على أَجَلِ الدِّيَةِ، ولم يَنْصَرِمْ قبل مُضِيِّ الأَجَلِ.

والرابعة: الحُرِّيَّةُ، فلا تُضْرَبُ الدِّيَةُ على الرَّقِيقِ، أما غير المُكَاتَبِ فلأنه لا مَالَ له، وأما المُكَاتَبُ، فلأنه ليس من أَهْلِ المُوَاسَاةِ، ومطلق المَرَضِ والكِبَرُ لا يَمْنَعَانِ ضَرْبَ الدِّيَةِ، لكن من الضَّرْبِ على الزَّمِنِ والهَرِمِ وَجْهَانِ:

أحدهما: المَنْعُ؛ لضَعْفِ حالهما وَعَجْزِهِمَا عن النُّصْرَةِ[٢].

وأظهرهما: الضَّرْبُ لِعُصُوبَتِهِمَا وَأَهْلِيَّةِ نُصْرَتِهِمَا بالرأي والمال، ويحكي الأول عن ابن أبي هُرَيْرَةَ، والقَطْعُ بالثاني عن الشيخ أبي حَامِدٍ، وربما بُنِيَ الخِلَافُ على الخِلَافِ في أن الزَّمِنَ والشيخ من الكُفَّارِ إذا أُسِرَا هل يُقْتَلَانِ؟ ويجري الخلاف في الأَعْمَى. وقوله في الكتاب: «وإن كانت مُعْتَقَةً» مُكَرَّرٌ، فقد مَرَّ أن المَرْأَةَ، إذا أعتقت لا[٣] يضرب عليها. وقوله: «والحَرْبِيُّ لا يَتَحَمَّلُ» يجوز أن يُعْلَمَ[٤] بالوَاوِ، لما ذَكَرْنَا.

الخامسة: أَلاَّ يَكُونَ فَقِيراً، بل مُتَوَسِّطاً أو مُوسِراً؛ لأن تَحَمُّلَ العَقْلِ مُوَاسَاةٌ، والفقير ليس أَهْلاً لِلْمُوَاسَاةِ، وكذلك لم يُكَلَّفْ بالزكاة، وتُخَالِفُ الجِزْيَةُ؛ لأنها كالأُجْرَةِ لِسُكْنَى الدار؛ ولأنها لِحَقْنِ الدَّمِ.

وعن أبي حنيفة: أن الدِّيَةَ تُضْرَبُ على الفقير أيضاً، ويروى عنه أنها تُضْرَبُ عليه بِشَرْطِ أن يكون مُعْتَمِلاً قادراً على الكَسْبِ، وهذا ما قصد الإِشَارَةَ إليه بقوله في الكتاب: «إن كان مُعْتَمِلاً». ثم في الفصل مسألتان:

إحداهما: فيما يُضْرَبُ على كُلِّ واحد من[٥] العَاقِلَةِ، قال الأئمة: لا يُجْحَفُ بهم، ولا يُشَقُّ عليهم، بل يُحَمَّلُونَ ما يَسْهُلُ عليهم، فَيُضْرَبُ على الغَنِيِّ نِصْفُ دينار، وعلى المُتَوَسِّطِ رُبُعُ دِينَارٍ، ووجه التقدير بالنصف بأنه أول دَرَجَةِ المُوَاسَاةِ [في الزكاة، والتقدير بالربع أن المواساة][٦] لا تحصل بما دُونَهُ؛ لأنه تَافِهٌ؛ بدليل أنه لا يُقْطَعُ فيه السَّارِقُ، ويروى عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ أنها قالت: «ما كَانَتِ اليَدُ تُقْطَعُ على عَهْدِ

---

(١) في ز: فنبني.
(٢) في ز: بالزاد.
(٣) في ز: لم.
(٤) في ز: يعلمها.
(٥) في ز: في.
(٦) سقط في ز.

رسول الله ﷺ في الشيء التَّافِهِ»[١]. وعند أبي حنيفة يُؤْخَذُ من كل وَاحِدٍ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ إلى أربعة، ويسوى[٢] بين المُوسِرِ وغيره، واحتج الأَصْحَابُ بأنه حَقٌّ وَجَبَ على سبيل المُوَاسَاةِ، فيختلف[٣] باليَسَارِ، والتَّوسُّطِ كالزكاة.

ويجوز أن يُعْلَمَ في الكتاب لفظ «النصف والربع» بالحاء لما حَكَيْنَاهُ، وبالميم؛ لأن عند مَالِكٍ لا يَتَقَدَّرُ الوَاجِبُ، بل هو إلى اجْتِهَادِ الحاكمِ يحمل كل واحد ما يرى أنه يَتَحَمَّلُهُ، وبم يَضْبَطُ اليَسَارُ والتَّوسُّطُ؟

ذكر في «التهذيب» أن الاعْتِبَارَ بالعَادَةِ، وأن ذلك يَخْتَلِفُ بالبُلْدَانِ والأزمان ورأى الإمام [أن][٤] الأَقْرَبَ اعْتِبَارُ ذلك بالزكاة، كما اعْتُبِرَ قَدْرُ الوَاجِبِ بالزكاة، فقال: إذا كان يَمْلِكُ عشرين ديناراً في آخر الحَوْلِ، فهو غني، لكن يفارق ما نحن فيه الزَّكَاة من وَجْهَيْنِ:

أحدهما: أنه لا يشترط أن يَمْلِكُ النَّقْدَ، أو شيئاً من الأَمْوَالِ الزَّكَاتِيَّةِ، بل إذا ملك ما يساوي هذا القَدْرَ من سَائِرِ الأَمْوَالِ، كان كما لو ملك هذه الأَمْوَالَ؛ لأن الزَّكَاة حَقُّ المَالِ، فينظر فيها إلى جِنْسِ المَالِ، وتَحَمُّلُ العَقْلِ مَحْضُ مُوَاسَاةٍ.

والثاني[٥]: يشترط أن يكون ما يَمْلِكُهُ فَاضِلاً عن مَسْكَنِهِ وثيابه، وسائر ما لا يُكَلَّفُ في الكَفَّارَةِ بَيْعُهُ وصَرْفُهُ إلى ثَمَنِ الرَّقَبَةِ، وهذا لا يشترط في الزَّكَاةِ والمتوسط هو الذي يَمْلِكُ أَقَلَّ من ذلك، لكنه يَفْضُلُ عن حَاجَاتِهِ، ويشترط أن يكون فَوْقَ القَدْرِ المَأْخُوذِ، وهو رُبُعُ دِينَارٍ؛ لئلا يُؤَدِّهِ أخذه منه إلى حَدِّ الفَقْرِ، وهذا ما نَحَا صَاحِبُ الكتاب نَحْوَهُ.

الثانية: الاعتبار فيما يُؤْخَذُ كُلَّ حَوْلٍ بآخر ذلك الحَوْلِ في أمور:

أحدهما: إذا تَمَّ الحَوْلُ، وهناك إِبِلُ جمعت العاقلة ما عليهم من نِصْفٍ أو ربع، واشتروا به الإِبِلَ، وإن لم تُوجَدِ الإِبِلُ، فعلى القولين في أن الواجب القِيمَةُ أو بَدَلٌ مُقَدَّرٌ. وإذا تأخرت التَّوْفِيَةُ[٦] بعد الحَوْلِ، ثم وُجِدَتْ لزمهم الإِبِلُ، وإن وجد بعد أخذ البَدَلِ لم يؤثر.

الثاني: إذا لم يَفِ التَّوْزِيعُ على العَاقِلَةِ بواجب الحَوْلِ أُخِذَ الباقي من بيت المال، ولم يُنْتَظَرْ مُضِيّ الأحوال الثلاثة.

---

(١) تقدم في اللقطة.
(٢) في ز: ويستوي.
(٣) في ز: فيخلف.
(٤) سقط في ز.
(٥) في ز: والثاني.
(٦) في ز: تأخر التوفير.

الثالث: يعتبر اليَسَارُ والتَّوَسُّطُ في آخر الحَوْلِ، فلو كان مُعْسِراً[١] في آخر الحَوْلِ لم يلزمه[٢] شَيْءٌ من واجب ذلك الحَوْلِ، وإن كان مُوسِراً من قَبْلُ أو أَيْسَرَ من بَعْدُ، وإن كان مُوسِراً حينئذ لَزِمَهُ النِّصْفُ، فإن أَعْسِرَ بعد ذلك، فهو دَيْنٌ عليه.

ولو كان بعضهم من أَوَّلِ الحَوْلِ كَافِراً أو رَقِيقاً أو صَبِيّاً أو مَجْنُوناً، وصار في آخِرِهِ نصفة الكَمَالِ، فهل يُؤْخَذُ منه حِصَّتُهُ من واجب تلك السَّنَةِ؟

حكى صاحب «التهذيب» فيه وجهين:

أحدهما: نعم، كما لو كان مُعْسِراً في أول الحَوْلِ، مُوسِراً في آخره.

وأصحهما: لا؛ لأن هؤلاء لَيْسُوا أَهْلاً لِلنُّصْرَةِ بالبَدَنِ في الابتداء، فلا يُكَلَّفُونَ النُّصْرَةِ بالمال في الانْتِهَاءِ، والمعسر كان من[٣] أَهْلِ النُّصْرَةِ، وإنما يعتبر المَالُ ليتمكن[٤] من الأَدَاءِ، فيعتبر وَقْتُ الأداء.

وقطع صاحب «التتمة» بأنه لا يلزمه من واجب ذلك الحَوْلِ شَيْءٌ[٥]، ورد الخلاف في أنه هل يُطَالَبُ، والحالة هذه بواجب الحَوْلِ الثاني والثالث؟

ووَجَّهَ المُطَالَبَةَ بأن وظيفة كل حَوْلٍ مستقلة بنفسها، ولذلك لو كان عَاقِلاً في الحَوْلِ الأول، ثم جُنَّ في الثاني يُؤْخَذُ منه وَاجِبُ الأَوَّلِ، ووجّه المنع، وعَدَّهُ الأَصَحَّ بأن الواجب في الأَحْوَالِ وَاحِدٌ؛ لأن سَبَبَهُ وَاحِدٌ إلا أنه مُنَجَّمٌ.

فإذا لم يكن الشَّخْصُ بصفة الكَمَالِ فِي الابْتِدَاءِ لم يدخل في التَّوْزِيعِ.

«فَرْعٌ»

يشبه أن يكون المَرْعِيُّ في إِيجَابِ الرُّبُعِ والنصف مِقْدَارَهُمَا، لا أنه يجب على العَاقِلَةِ بَدَلُ الدنانير بِأَعْيَانِهَا؛ لأن الإِبِلَ هي التي تجب في الدِّيَةِ، وما يُؤْخَذُ يصرف إلى الإِبِلِ، وللمستحق ألا يقبل غيرها، ويُوَضِّحُهُ أن أبا سعد المُتَوَلِّي قال على الغَنِيِّ نِصْفُ دينار أو ستة دَرَاهِمَ؛ لأن الدنانير[٦] في الدِّيَةِ عندنا تقابل[٧] باثني عشر دِرْهَماً، [والله أعلم].

قال الغَزَالِيُّ: **الرُّكْنُ الثَّانِي فِي كَيْفِيَّةِ التَّوْزِيعِ وَالبِدَايَةُ بِأَقْرَبِ (ح) العَصَبَاتِ، وَلاَ**

---

(١) في ز: معتبراً.
(٢) في ز: يلزم.
(٣) في ز: كامل.
(٤) في ز: ليمكن.
(٥) وما دل عليه كلام المصنف من أن المسألة ليست منقولة عجيب فإن الشافعي وجماعة من الأصحاب ذكروه.
(٦) في ز: الدينار.
(٧) في ز: مقابل.

يُضرَبُ عَلَى وَاحِدٍ أَكْثَرُ مِنْ نِصْفٍ أَوْ رُبْعٍ، وَهُوَ حِصَّةُ كُلِّ سَنَةٍ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ حِصَّةُ جَمِيعِ السِّنِينَ، ثُمَّ إِنْ فَضَلَ مِنَ الأَقْرَبِينَ شَيْءٌ تَرَقَّيْنَا إِلَى مَنْ بَعْدَهُمْ ثُمَّ إِلَى المُعْتِقِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَصَبَةٌ أَخَذْنَا بَقِيَّةَ الوَاجِبِ آخِرَ السَّنَةِ مِنْ بَيْتِ المَالِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي بَيْتِ المَالِ أَخَذْنَا مِنَ الجَانِي عَلَى أَقْيَسِ الوَجْهَيْنِ حِذَاراً مِنَ التَّعْطِيلِ، وَقِيلَ: يُنْتَظَرُ يَسَارُ بَيْتِ المَالِ، وَأَمَّا الذِّمِّيُّ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ عَاقِلَةٌ فَيُطَالَبُ بَعْدَ مُضِيِّ الأَجَلِ إِذْ لاَ يُنْتَظَرُ لَهُ بَيْتُ المَالِ، وَكَذَا إِذَا اعْتَرَفَ بِالخَطَإِ وَأَنْكَرَ العَاقِلَةُ وَلاَ بَيِّنَةَ إِذْ لاَ يُنْتَظَرُ إِقْرَارُ العَاقِلَةِ، فَإِنْ أَقَرُّوا عَلَى نُدُورٍ وَقَعَ الرُّجُوعُ عَلَيْهِمْ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قوله: «والبِدَايَةُ بأقرب العَصَبَاتِ»، وقوله بعد ذلك: «فإن فَضَلَ من الأَقْرَبِينَ شيء...» إلى آخره، المَقْصُودُ منه[1] بَيَانُ تَرْتِيبِ العَصَبَاتِ، وقد ذكرنا من قبل عند قوله: «وفي تَقْدِيمِ الأَخ للأب والأم على الأخ للأب قولان»، وإنما ذكرنا هناك؛ لأن تلك المَسْأَلَةَ تَتَعَلَّقُ بالتَّرْتِيبِ، وكان الأَوْلَى أن يَجْمَعَ بينهما، وبين سَائِرِ مسائل التَّرْتِيبِ. ولْيُعْلَمْ قوله: «والبداية بأَقْرَبِ العَصَبَاتِ» بالحاء؛ لما تَقَدَّمَ أن عنده[2] يسوى بين القريب والبَعِيدِ.

وقوله: «ولا يضربُ على وَاحِدٍ أكثر من نِصْفٍ أو ربع قد صار مَفْهُوماً من قوله في الفَصْلِ السابق: «ويضربُ على الغَنِيِّ نِصْف دينار...» إلى آخره ثم النصف أو الربع حِصَّةُ كُلِّ سَنَةٍ أو الواجب في السِّنِينَ الثلاث النصف أو الربع؟ فيه وجهان:

أصحهما: الأول، فيكون جُمْلَةُ الواجب على الواحد [من] العَاقِلَةِ دِيناراً ونِصْفاً إذا كان غَنِيّاً، ونصفه إذا كان مُتَوَسِّطاً، وَوُجِّهَ ذلك بأنه حَقٌّ يَتَعَلَّقُ بالحَوْلِ، ويجب على سبيل المُوَاسَاةِ، فَيَتَكَرَّرُ بِتَكَرُّرِ الحَوْلِ كالزكاة.

والثاني: ويحكى عن ابن سُرَيْجٍ وابن القَاصِّ أن النصف أو الربع وَاجِبُ السنين؛ لأن الأَصْلَ عَدَمُ الضرب، فلا يُخَالِفُ إلا في هذا القَدْرِ، ولو ذكر هذه المَسْأَلَةَ مع بَيَانِ القَدْرِ في الفصل السَّابِقِ لكان أَحْسَنَ، ثم في الفصل مَسْأَلَتَانِ:

إحداهما: إذا انتهى التحمل[3] إلى بَيْتِ المَالِ، فلم يُوجَدْ فيه مَالٌ، هل يُؤْخَذُ الواجب من الجاني؟

فيه وجهان بَنَوْهُمَا على أن الديَةَ تجب على العَاقِلَةِ ابْتِدَاءً، أو تجب على الجاني،

---

(١) في أ: منهما.
(٢) في ز: غيره.
(٣) في ز: الحمل.

ويتحمل عنه العَاقِلَةُ، [و] فيه وجهان، ويقال: قولان:

أحدهما: أنها تجب على العَاقِلَةِ ابْتِدَاءً؛ لأن المُطَالَبَةَ عليهم دون الجَانِي، وقد يُوَجَّهُ بظاهر الأَخْبَارِ، مثل ما رُوِيَ أنه ﷺ: «قَضَىٰ على العَاقِلَةِ»(١).

والثاني: تجب على الجَانِي، والعَاقِلَةُ يَتَحمَّلُونَ(٢)؛ لأن القِيَاسَ وُجُوبُ الضَّمَانِ على المُتْلِفِ، فيجري على القِيَاسِ، ونجعلهم مُتَحَمِّلِينَ كما يُؤَدَّىٰ الدَّيْنُ عمن تَحَمَّلَ لِإِصْلَاحِ ذَاتِ البَيْنِ. ويَدُلُّ عليه أنه لو لم يكن الجَانِي ممن يَتَحَمَّلُ عنه بأن كان مُرْتَدّاً أو ذِمِّيّاً، وعاقلته حَرْبِيُّونَ تُؤْخَذُ الدِّيَةُ من مَالِهِ.

قال الإمام: وليس تَرَدُّدُ القَوْلِ مَأْخُوذاً من نَصِّ صاحب المَذْهَبِ، ولكنه مُتَلَقًّى من تَصَارِيفِ كَلَامِهِ في التفريعات.

فإن قلنا: تجب على العَاقِلَةِ ابْتِدَاءً، لم يُؤْخَذْ من الجاني. وإن قلنا: بالتَّحَمُّلِ، فإذا تَعَذَّرَ التحمل أخذ الواجب من(٣) الأَصْلِ.

وعن القاضي الحسين: القَطْعُ بأنه لا يَجِبُ على العاقلة شَيْءٌ، والظَّاهِرُ إِثْبَاتُ الخِلَافِ، وأخذ الواجب من القَاتِلِ.

وإذا قلنا: لا يُؤْخَذُ منه، ففي شَرْحِ «مختصر الجويني» وَجْهٌ أنه تجب الدِّيَةُ على جماعة المسلمين كَنَفَقَةِ الفُقَرَاءِ، وهذا لم يذكره الأَكْثَرُونَ، لكن لو حدث في بيت المال مَالٌ، هل يُؤَدَّى الواجب منه؟ فيه وجهان عن رواية القاضي الحسين وغيره:

أحدهما: لا، كما أن الفَقِيرَ من العَاقِلَةِ عند تمام الحَوْلِ لا يطالب بالغِنَى الحَادِثِ بعده.

والثاني: نعم، وليس سَبِيلُ بَيْتِ المَالِ سَبِيلَ العاقلة الخَاصَّةِ؛ لأن مَالَ المَصَالِحِ لا يَخْتَصُّ بِمَصْلَحَةٍ، فلا يختص الأَدَاءُ منه بِوَقْتٍ، وهذا [معنى](٤) قوله في الكتَابِ: «وقيل: يُنْتَظَرُ يَسَارُ بَيْتِ المَالِ» وربما بني على هذا الخِلَافِ في أنه هل يُؤْخَذُ الوَاجِبُ من الجاني، إذا لم يكن في بَيْتِ المال مَالٌ؟

إن قلنا: يؤدى من المال الحَارِثِ، فينتظر، ولا يُطَالَبُ الجاني.

وإن قلنا: لا، فَيُطَالَبُ الجَانِي تَحَرُّزاً عن الإِهْدَارِ.

وإن قلنا: إذا لم يكن في بَيْتِ المال مَالٌ، يُغَرَّمُ القاتل، فالدِّيَةُ تَتَأَجَّلُ عليه تَأَجُّلَهَا على

---

(١) هو مختصر من حديث المغيرة وأبي هريرة، وقد تقدم.

(٢) في ز: فتحملون.

(٣) في ز: في.

(٤) سقط في ز.

العاقلة الخَاصَّةِ، وعلى بيت المَالِ. وهل يجب على أَبِيهِ وابنه كما تَجِبُ عليه؟ فيه وجهان:

أحدهما: وبه قال أبو علي الطَّبَرِيُّ: نعم، ويُبْدَأُ بهما قبل القَاتِلِ؛ لأنا إنما لا نُحَمِّلُ الأب والابن؛ لأنهما بعضه، فإذا تَحَمَّلَ تَحَمُّلاً.

وأقواهما: عند صاحبي «المهذب» و«التهذيب» المَنْعُ؛ لأن الإِيجَابَ على القاتل من جِهَةِ أنه الأَصْلُ وغيره يتحمل[1] عنه، فإذا تَعَذَّرَ التحمل طُولِبَ بِحُكْمِ الأَصْلِ، وهذا المعنى لا يَتَحَقَّقُ في الأب والابن.

المسألة الثانية: إذا اعْتَرَفَ بالخَطَإِ، أو شِبْهِ العَمْدِ وصَدَّقْتُه العاقلة، فعليهم الدِّيَةُ، وإن كَذَّبَتْهُ لم يقبل إِقْرَارُهُ عليهم، ولا على بَيْتِ المال ولكن يَحْلِفُونَ على نَفْيِ العلم، فإذا حَلَفُوا كانت الدِّيَةُ على المُقِرِّ؛ لأنه لا سَبِيلَ إلى التَّعْطِيلِ، وقد تَعَذَّرَ التحمل، ويروى عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تحمل العاقلة عَمْداً، ولا اعْتِرَافاً»[2].

قال الإمام: ولم يُخَرِّجِ الأَصْحَابُ [الوجوب][3] على[4] المقر [على] الخِلاَفِ في أن الجَانِيَ يُلاَقِيَهُ الوجوب، ويتحمل العَاقِلَةُ، أو تجب الدِّيَةُ على العاقلة ابْتِدَاءً.

ولا يبعد عن القياس أن يُقَالَ: إذا لم يُلاَقِ الوجوب الجاني لا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ، لأنه إنما أَقَرَّ عليهم لا عَلَى نَفْسِهِ؛ لأن الخَطَأَ يلزم الدِّيَةَ عليهم، فإذا لم يقبل عليهم وَجَبَ ألا يقبل عليه، ويحكى[5] هذا عن المُزَنِيِّ، والمَذْهَبُ المنقول الأَوَّلُ[6].

---

(١) في ز: فتحمل.

(٢) قال الحافظ في التلخيص: قال إمام الحرمين في النهاية: روى الفقهاء فذكر هذا الحديث بلفظ: لا تحمل العاقلة عبداً ولا اعترافاً، قال: وغالب ظني أن الصحيح الذي أورده أئمة الحديث: لا تحمل العاقلة عمداً ولا اعترافاً، وقال الرافعي في أواخر الباب: هذا الحديث تكلموا في ثبوته، وقال ابن الصباغ: لم يثبت متصلاً، وإنما هو موقوف على ابن عباس، انتهى. وفي جميع هذا نظر، فقد روى الدارقطني، والطبراني في مسند الشاميين من حديث عبادة بن الصامت: أن رسول الله ﷺ قال: «لا تجعلوا على العاقلة من دية المعترف شيئاً»، وإسناده واه، فيه محمد بن سعيد المصلوب وهو كذاب، وفيه الحارث بن نبهان وهو منكر الحديث، وروى الدارقطني والبيهقي من حديث عمر مرفوعاً: العمد والعبد والصلح والاعتراف لا تعقلة العاقلة، وهو منقطع، وفي إسناده عبد الملك بن حسين وهو ضعيف. قال البيهقي: والمحفوظ أنه عن عامر الشعبي من قوله، وروي أيضاً عن ابن عباس: لا تحمل العاقلة عمداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما جنى المملوك، وفي الموطإ عن الزهري: مضت السنة أن العاقلة لا تحمل شيئاً من ذلك، وروى البيهقي عن أبي الزناد عن الفقهاء من أهل المدينة نحوه.

(٣) سقط في ز. (٤) سقط في ز.

(٥) في ز: وعلى.

(٦) ما نقله عن الإمام قطع به من عدم الترجيح عجيب فإنه حكى التخريج في باب القسامة عن=

وَتَتَأَجَّلُ الدية عليه تَأَجُّلَهَا على العاقلة، إلا أنه يُؤخَذُ منه ثُلُثُ الدِّيَةِ عند انْقِرَاضِ السَّنَةِ الأولى، وكل واحد من العَاقِلَةِ لا يطالب إلا بنصف أو ربع، وهل يَحِلُّ الأَجَلُ عليه إذا مات؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن الأَجَلَ يُلاَزِمُ دِيَةَ الخطَأِ شَرْعاً.

وأظهرهما: نعم، كسائر الدُّيُونِ المُؤَجَّلَةِ، وليس كما لو مات وَاحِدٌ من العَاقِلَةِ من خلال الحَوْلِ لا يؤخذ من تَرِكَتِهِ شَيْءٌ، لأن الوُجُوبَ على العَاقِلَةِ سَبِيلُهُ سَبِيلُ المُوَاسَاةِ، والوجوب على الجَانِي ههنا لِصِيَانَةِ الحَقِّ عن التعطيل، فلا يمكن المَصِيرُ إلى السُّقُوطِ.

وإذا مات مُعْسِراً قال صاحب «التهذيب»: يحتمل أن تُؤخَذَ الدِّيَةُ من بيت المَالِ، كمن لا عَاقِلَةَ له، ويحتمل ألاَّ تُؤخَذُ كما لو كان مُعْسِراً، وهو حَيٌّ.

ولو غُرِّمَ الجاني، ثم اعترفت العَاقِلَةُ، فإن قلنا: الوُجُوبُ يُلاَقِي الجَانِي، والعَاقِلَةُ محتملة، فلا يَرُدُّ الوَلِيُّ ما أَخَذَ، ويرجع الجاني على العاقلة.

وإن قلنا: هي على العَاقِلَةِ ابتداء، يَرُدُّ الوَلِيُّ ما أَخَذَ، ويَبْتَدِىءُ بِمُطَالَبَةِ العاقلة[1].

وفي «التهذيب» أنه إذا ادُّعِيَ على رجل قَتْلُ خَطَإٍ أو شِبْهِ عَمْدٍ، ولا بَيِّنَةَ، ونَكَلَ المُدَّعَى عَلَيْهِ عن اليمين، فحلف المُدَّعي فإن جعلنا اليَمِينَ المَرْدُودَةَ كإقرار المُدَّعَى عَلَيْهِ، وَجَبَتِ الدِّيَةُ على المدعى عليه، إن كذبت العَاقِلَةُ المُدَّعي.

وإن قلنا: إنه كالبَيِّنَةِ، فالدِّيَةُ على العَاقِلَةِ، أو على المُدَّعَىٰ عَلَيْهِ؛ ذَهَاباً إلى أنها وإن جُعِلَتْ كالبَيِّنَةِ، فإنما تجعل كالبَيِّنَةِ في حَقِّ المُتَدَاعِيَيْنِ دون غيرهما فيه وجهان[2].

وقوله في الكتاب: «فإن لم يكن عَصَبَةٌ أخذنا بَقِيَّةَ الوَاجِبِ» أي: لم يكن عَصَبَةٌ سوى المَذْكُورِيَن، وإن قدر أن المُرَادَ ما إذا لم يكن للجاني عَصَبَةٌ أصلاً، لم يكن للفظ البَقِيَّةِ مَعْنًى، فَإِنَّا حينئذ نَأْخُذُ جَمِيعَ الوَاجِبِ من بيت المَالِ.

= المتولي فيما إذا ادعى عليه قتل عمد فاعترف بخطأ أو حلف عليه أنه لا يطالب بشيء إذا قلنا الدية تلاقي العاقلة ابتداء وسكتا عليه.

(١) قال في الخادم: وينبغي على كلا القولين رد المأخوذ ومطالبة العاقلة أما على القول بأنه لا يلاقي الجاني فظاهر وأما على القول الآخر فإما أن يكون ما أخذه من الجاني أخذه والوجوب باق، وإما أن يكون بعد انتقاله عنه إلى العاقلة والأول باطل لأنا وإن قلنا يلاقيه أولاً فلا يبقى بمجرد ملكها انتقل عنه وحينئذ يكون حقهم وقت الإقرار والأخذ من الجاني في ذمة العاقلة بما أخذوه.

(٢) وهو يقتضي أن صاحب التهذيب لم يرجح شيئاً وليس كذلك بل رجح تحمله العاقلة، وعبارته: وإن ادعى المجني عليه فأنكر ولم يحلف فنكل فحلف المدعي وقلنا إن يمينه مع إنكار المدعي كالبينة تحملها العاقلة كما لو أقام بينة وقبل في ماله لأنه كالبينة في حق المتداعيين.

وقوله: «وأما الذِّمِّيُّ إذا لم يكن له عَاقِلَةٌ. . .» إلى آخره، كالمُكَرَّرِ؛ لأنه قال في الجِهَةِ الثَّانِيَةِ: وإن كان ذِمِّياً رَجَعْنَا إلى الجَانِي، وكأنه أَعَادَهُ لِيُبَيِّنَ أن ما قيل في حَقِّ المسلم أنه يُنْتَظَرُ يَسَارُ بَيْتِ المال، لا مَجَالَ له في حَقِّ الذِّمِّيِّ؛ لأن بيت المَالِ لا تحمل عنه. ويجوز أن يُعْلَمَ قوله: «فيطالب» بالواو؛ لما قَدَّمْنَاهُ عن «البَيَان».

وقوله: «بعد مُضِيِّ الأَجَلِ» لا ضَرُورَةَ إلى ذِكْرِهِ في هذا المَوْضِعِ، لِلْعِلْمِ بأن الدِّيَةَ المُتَحَمَّلَةَ مُؤَجَّلَةٌ، والمُطَالَبَةُ تكون بعد مُضِيِّ الأَجَلِ أَبَداً.

وقوله: «وكذا إذا اعترف [الجاني][1] بالخَطَإِ»، لِيُعْلَم بالزاي.

وقوله: «إذ لا ينتظر إِقْرَار العَاقِلَةِ» أراد به أن الوَجْهَ المذكور في أنه يُنْتَظَرُ يَسَارُ بَيْتِ المال لا يَجِيءُ في انتظار [إقرار][2] العاقلة، لأن تَوَقُّعَ اليَسَارِ قَرِيبٌ، وتوقع إقرارهم بعد الإِنكار بَعِيدٌ.

وقوله: «وَقَعَ الرُّجُوعُ عليهم» يعني رُجُوعَ الجاني على ما هو مُبَيَّنٌ في «الوسيط»، وذلك إذا قلنا: إن الوُجُوبَ يُلاَقِيهِ، وليعلم بالواو للوجه الآخر، [والله أعلم].

قال الغَزَالِيُّ: **وَمَا دُونَ أَرْشِ المُوَضِّحَةِ مَضْرُوبٌ (ح م و) عَلَى العَاقِلَةِ بَلْ لَوْ كَانَ الأَرْشُ نِصْفَ دِينَارٍ وَزَّعْنَاهُ عَلَى العَاقِلَةِ، وَإِنْ كَانُوا مَائَةً طُولِبَ جَمِيعُهُمْ بِنِصْفِ دِينَارٍ مُشْتَرَكٍ عَلَى وَجْهٍ، وَعَلَى وَجْهٍ يُعَيِّنُ القَاضِي وَاحِداً كَيْ لاَ يَعْسُرَ الطَّلَبُ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه صورتان:

إحداهما: كما أن دِيَةَ النَّفْسِ تُضْرَبُ على العَاقِلَةِ، فكذلك بَدَلُ الأَطْرَافِ، وأُرُوشُ الجِرَاحَاتِ والحُكُومَاتِ، قَلِيلِهَا وَكَثِيرِهَا، تُضْرَبُ عليهم. هذا هو المذهب الجَدِيدُ.

ويحكى عن القديم قولان آخران:

أحدهما: أنها لا تُضْرَبُ عليهم؛ لأن تَحَمُّلَ العَاقِلَةِ خِلاَفُ القياس، لكن الشرع وَرَدَ به في دِيَةِ النَّفْسِ، فَيُقْتَصَرُ عليه.

وأيضا فإن ما دُونَ النَّفْسِ سَبِيلُهُ سَبِيلُ ضَمَانِ الأموال، ألا ترى أنه لا يَتَعَلَّقُ به الكَفَّارَةُ، ولا تدخله القَسَامَةُ؟!

والثاني: أن ما دون ثُلُثِ الدِّيَةِ لا يُضْرَبُ على العَاقِلَةِ، بل يكون في مَالِ الجاني؛ لأنه لا يعظم إِجْحَافه به، فلا يحتاج فيه إلى التحمل والمُوَاسَاةِ، وبهذا قال مَالِكٌ وأَحْمَدُ.

---

(١) سقط في ز.
(٢) سقط في ز.

وعند أبي حَنِيفَةَ: ما دون أَرْشِ المُوضِحَةِ، وهو نِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ لا يُضْرَبُ عليهم، واحْتَجَّ لِظَاهِرِ المذهب بأن النبي ﷺ: «قضى بالغُرَّةِ على العَاقِلَةِ، وهي دون الثُّلُثِ»[(١)]، فإن الغُرَّةَ تُقَابَلُ بخمس من الإِبِلِ.

وأيضاً، فإن العَاقِلَةَ إنما تَحَمَّلَتْ دِيَةَ النَّفْسِ كي لا يَجْحِفَ ذلك بِمَالِهِ، وهذا المعنى مَوْجُودٌ في الأَطْرَافِ والجِرَاحَاتِ.

قال الإمام: وما عندي أن من لا يَضْرِبُ أُرُوشَ الأَطْرَافِ على العَاقِلَةِ [ينبغي أن يُثْبِتَهَا][(٢)] معجلة كَقِيَمِ المُتْلَفَاتِ. ولا يبعد عن قياس.

الثاني من قَوْلَي القديم: إذا زَادَ الوَاجِبُ على ما دُونَ الثلث أن لا يحمل الكُلّ على العاقلة، بل يُقَالُ: ما دون الثُّلُثِ على الجاني أَبَداً، والزائد عليه مَحْمُولٌ.

والثانية: وهي مُفَرَّعَةٌ على الأولى: إذا كان الأَرْشُ نِصْفَ دِينَارٍ مَثَلاً، والعَاقِلَةُ جَمَاعَةٌ فيهم[(٣)] كَثْرَةٌ، ففي كيفية تَحْصِيلِهِ وجهان:

أظهرهما: أنهم يُطَالبُونَ بنصف دينار مُشْترك؛ لِشُمُولِ جِهَةِ التَّحَمُّلِ لهم.

والثاني: أن القاضي يُعَيِّنُ[(٤)]، واحداً أو جَمَاعَةً باجْتِهَادِهِ لكيلا[(٥)] يَعْسَرَ الطَّلَبُ والتَّوْزِيعُ، وقد ينتهي الأَمْرُ إلى أن يُخَصِّص كُلُّ واحد منهم مالاً يتموَّلُ، وهذا كالخلاف فيما إذا كَثُرَتِ العَاقِلَةُ في دَرَجَةٍ وَاحِدَةٍ، بحيث لو وُزِّعَ الوَاجِبُ عليهم لأَصَابَ كُلَّ غَنِيٍّ دون النصف، وكُلَّ مُتَوَسِّطٍ دون الربع[(٦)]، وفيه قولان:

أحدهما: أن للإمام أن يُخَصِّصَ جَمَاعَةً يَضْرِبُ على أغنيائهم النِّصْفَ، وعلى المتوسطين الربع كيلا يَعْسَرَ التَّوْزِيعِ، ولا يكثر التَّعَبُ والمُؤْنَةُ.

وأصحهما: المنع؛ لأن الحَقَّ وَجَبَ على جَمِيعِهِمْ، فلا يُخَصَّصُ بَعْضُهُمْ بالمُطَالَبَةِ وإذا قلنا بالأول، فَبِأَيِّ طريق نُخَصِّصُهُمْ؟

حكى أبو الفَرَجِ السَّرَخْسِيُّ فيه وجهين، الذي أَوْرَدَهُ عَامَةُ الناقلين أن الإمام يُخَصِّصُ من يراه باجْتِهَادِهِ.

والثاني: أنه يجعلهم فِرْقَتَيْنِ[(٧)]، أو ثلاثاً، كما يقتضيه الحَالُ، ويُقْرِعُ بينهم[(٨)] [والله أعلم].

---

(١) تقدم.
(٢) بياض في أ.
(٣) في ز: منهم.
(٤) في ز: يعني.
(٥) في ز: خلا.
(٦) في أ: ففيه.
(٧) في ز: مرتين.
(٨) في ز: مهم.

قال الغَزَالِيُّ: **وَأَمَّا الأَجَلُ فَهُوَ فِي دِيَةٍ كَامِلَةٍ ثَلاَثُ سِنِينَ وَهِيَ مَائَةٌ مِنَ الإِبِلِ يُؤْخَذُ ثُلُثُهَا فِي آخِرِ كُلِّ سَنَةٍ، فَلَوْ وَجَبَ مَائِتَانِ مِنَ الإِبِلِ فِي عَبْدٍ وَقُلْنَا: يَحْمِلُ فَهُوَ مَضْرُوبٌ فِي ثَلاَثِ سِنِينَ نَظَراً إِلَى أَنَّهُ بَدَلُ نَفْسٍ، وَقِيلَ: إِنَّهُ فِي سِتِّ سِنِينَ نَظَراً إِلَى القَدْرِ، وَعَلَى هَذَا يُضْرَبُ دِيَةُ اليَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ فِي سَنَةٍ، وَدِيَةُ المَجُوسِيِّ فِي سَنَةٍ، وَغُرَّةُ الجَنِينِ أَيْضاً فِي سَنَةٍ؛ لِأَنَّ السَّنَةَ لاَ تَتَجَزَّأُ، وَدِيَةَ المَرْأَةِ فِي سَنَتَيْنِ، وَلَوْ قَتَلَ وَاحِدٌ ثَلاَثَةً فَيُضْرَبُ ثَلاَثُمَائَةٍ مِنَ الإِبِلِ فِي تِسْعِ سِنِينَ عَلَى وَجْهٍ نَظَراً إِلَى القَتْلِ أَوْ إِلَى أَنَّ الثَّلاَثَةَ الأَنْفُسِ لاَ يَكُونُونَ كَنَفْسٍ وَاحِدَةٍ، وَيُضْرَبُ فِي ثَلاَثِ سِنِينَ عَلَى الأَصَحِّ لِأَنَّ الآجَالَ لِلدُّيُونِ المُتَفَرِّقَةِ تَتَسَاوَقُ وَلاَ تَتَعَاقَبُ، وَإِنْ قَتَلَ ثَلاَثَةٌ وَاحِداً فَالدِّيَةِ الوَاحِدَةُ مَضْرُوبَةٌ عَلَى العَوَاقِلِ فِي ثَلاَثِ سِنِينَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ ثُلُثٌ نَظَراً إِلَى اتِّحَادِ المُسْتَحِقِّ، وَقِيلَ: فِي سَنَةٍ وَاحِدَةٍ، وَدِيَةُ يَدَي الشَّخْصِ كَنَفْسِهِ، وَدِيَةُ إِحْدَى اليَدَيْنِ مِنَ الرَّجُلِ يُضْرَبُ فِي سَنَتَيْنِ لِعَدَمِ النَّفْسِ وَنُقْصَانِ القَدْرِ، وَلَوْ قَطَعَ يَدَيْ إِنْسَانٍ وَرِجْلَيْهِ فَهُوَ كَقَتْلِ نَفْسَيْنِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لما تَكَلَّمَ في ترتيب العَاقِلَةِ، وفي القَدْرِ المَضْرُوبِ على كُلِّ واحد منهم اشْتَغَلَ بِبَيَانِ الأَجَلِ المضروب فيه، فقال: أما الأَجَلُ، فهو في دِيَةٍ كَامِلَةٍ ثلاث سنين، وقد رُوِيَ ذلك عن عُمَرَ وعلي، وابْنِ عُمَرَ، وابن عَبَّاسٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ـ وقال الشافعي ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ في «المختصر»: ولم أَعْلَمْ مُخَالِفاً أن رسول الله ﷺ قضى بالدِّيَةِ على العَاقِلَةِ في ثلاث سنين[1]، وتكلموا في وُرُودِ الخَبَرِ به، فمنهم من قال

(١) قال الحافظ في التلخيص: قال الرافعي، تكلم أصحابنا في ورود الخبر بذلك، فمنهم من قال ورد، ونسب إلى رواية علي، ومنهم من قال: ورد أنه ﷺ قضى بالدية على العاقلة، وأما للتأجيل فلم يرد به الخبر، وإنما أخذ ذلك من إجماع الصحابة، وروي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس: أنهم أجلوا الدية ثلاث سنين، أما الحديث فروى البيهقي من طريق الشافعي أنه قال وجدنا عاماً في أهل العلم أن رسول الله ﷺ قضى في جناية الحر المسلم على الحر، خطأ، مائة من الإبل على عاقلة الجاني، وعاماً فيهم أيضاً أنها بمضي لثلاث سنين، في كل سنة ثلثها، وبأسنان معلومة، وقال ابن المنذر: ما ذكره الشافعي لا يعرف له أصل من كتاب ولا سنة، وسئل عنه أحمد بن حنبل فقال: لا أعرف فيه شيئاً، فقيل له: إن أبا عبد الله رواه عن النبي ﷺ فقال: لعله سمعه من ذلك المدني، فإنه كان حسن الظن به، يعني إبراهيم بن أبي يحيى، وتعقبه ابن الرفعة بأن من عرفه حجة على من لم يعرفه، وروى البيهقي من طريق ابن لهيعة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال: من السنة أن تنجم الدية في ثلاثة سنين، وأما الإجماع فيستفاد مما حكيناه عن الشافعي، وكذلك نقله الترمذي في جامعه، وابن المنذر، وأما الرواية عن عمر في ذلك فرواها ابن أبي شيبة، وعبد الرزاق والبيهقي، من طريق الشعبي عن عمر وهو منقطع، وقال عبد الرزاق عن ابن جريج أخبرت عن أبي وائل: أن عمر بن الخطاب جعل الدية الكاملة في ثلاث=

وَرَدَ، ونَسَبَهُ إلى رِوَايَةِ علي ـ كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ ـ، ومنهم من قال: أراد به أنه ﷺ قَضَى بالدِّيَةِ على العَاقِلَةِ[1]. وأما التَّنْجِيمُ فلم يَرِدْ وُرُودَ الخبر به، وأخذ ذلك من إِجْمَاعِ الصحابة ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ـ أو غيره.

إذا عرف ذلك، فلا خِلَافَ عن عَامَّةِ العلماء ـ أن ما يُضْرَبُ على العَاقِلَةِ يُضْرَبُ مُؤَجَّلاً، وأن الأَجَلَ لا يَنْقُص عن سَنَةٍ، وأن دِيَةَ النَّفْسِ الكاملة تُؤَجَّلُ إلى ثلاث سنين، يُؤخَذُ في كُلِّ سَنَةٍ ثلثها، واختلف الأصحاب في أن المَرْعِيَّ ماذا؟ وأن الحكم بم يُنَاطُ؟

فراعى طَائِفَةٌ كونها [بدل][2] نفس محرمة[3]، وأداروا الحُكْمَ عليها.

ونظر آخرون إلى قَدْرِ الواجب، واعتبروا التَّأْجِيلَ به، وهذا أَشْبَهُ بالترجيح على ما سَنُبَيِّنُ، وتظهر فائدة الخلاف في صُوَرٍ: منها: بَدَلُ العَبْدِ، وأطرافه إذا قتل، أو قطع[4] خطأ أو شبه عَمْدٍ، هل تَتَحَمَّلُهَا العَاقِلَةُ؟ فيه قولان:

أحدهما: وبه قال مالك، وأحمد ـ: لا، بل هو على الجَانِي حَالاً؛ لأنه مَضْمُونٌ بالقِيمَةِ، فكان بَدَلُهُ كَبَدَلِ البَهِيمَةِ.

وأيضاً، فقد رُوِيَ في الخَبَرِ لا تحمل العاقلة عَمْداً، ولا عبداً، ولا اعترافاً[5].

وأظهرهما ـ وهو الجديد ـ: نعم؛ لأنه بَدَلُ آدَمِيٍّ، فَأَشْبَهَ بَدَلَ الحُرِّ، ويوضحه أن

= سنين، وجعل نصف الدية في سنتين، وما دون النصف في سنة، وأما الرواية بذلك عن علي فرواها البيهقي أيضاً من رواية يزيد بن أبي حبيب عن علي، وهو منقطع، وفيه ابن لهيعة، وأما الرواية بذلك عن ابن عباس فلم أقف عليها.

(١) تقدم.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: محترقة.

(٤) في ز: وقتل.

(٥) قال الحافظ في التلخيص: قال إمام الحرمين في النهاية: روى الفقهاء فذكر هذا الحديث بلفظ: لا تحمل العاقلة عبداً ولا اعترافاً، قال: وغالب ظني أن الصحيح الذي أورده أئمة الحديث: لا تحمل العاقلة عمداً ولا اعترافاً، وقال الرافعي في أواخر الباب: هذا الحديث تكلموا في ثبوته، وقال ابن الصباغ: لم يثبت متصلاً، وإنما هو موقوف على ابن عباس، انتهى. وفي جميع هذا نظر، فقد روى الدارقطني والطبراني في مسند الشاميين من حديث عبادة بن الصامت: أن رسول الله ﷺ قال: «لا تجعلوا على العاقلة من دية المعترف شيئاً»، وإسناده واه، فيه محمد بن سعيد المصلوب وهو كذاب، وفيه الحارث بن نبهان وهو منكر الحديث، وروى الدارقطني والبيهقي من حديث عمر مرفوعاً: العمد والعبد والصلح والاعتراف لا تعقلة العاقلة، وهو منقطع، وفي إسناده عبد الملك بن حسين وهو ضعيف. قال البيهقي: والمحفوظ أنه عن عامر الشعبي من قوله، وروي أيضاً عن ابن عباس: لا تحمل العاقلة عمداً ولا صلحاً ولا اعترافاً، ولا ما جنى المملوك. وفي الموطأ عن الزهري: مضت السنة أن العاقلة لا تحمل شيئاً من ذلك.
وروى البيهقي عن أبي الزناد عن الفقهاء من أهل المدينة نحوه.

العَبْدَ كالحُرِّ في تَعَلُّقِ القِصَاصِ والكَفَّارَةِ بِقَتْلِهِ، فكذلك في تَحَمُّلِ العاقلة بَدَلَ نفسه دون أَطْرَافِهِ. وإذا قلنا: إن العَاقِلَةَ تَحْمِلُهُ، فلو اختلف السَّيِّدُ والعَاقِلَةُ في قِيمَتِهِ، فهم المُصَدَّقُونَ بِأَيْمَانِهِمْ، ولو صدقه الجاني لم يقبل إِقْرَارُهُ عليهم، بل الزِّيَادَةُ على ما يُعْتَرَفُ به العَاقِلَةُ في مَالِهِ، وعلى هذا القول إن كانت قِيمَةُ العَبْدِ قَدْرَ دِيَةِ الحُرِّ، فَتُضْرَبُ[1] في ثلاث سنين باتِّفَاقِ من رَاعَىٰ بَدَلَ النفس، ومن نَظَرَ إلى القَدْرِ.

وإن[2] كانت أكثر من قَدْرِ الدِّيَةِ؛ كما إذا كانت قَدْرَ دِيَتَيْنِ، فوجهان:

أحدهما: الضَّرْبُ في ثلاث سنين؛ نَظَراً إلى أنها بَدَلُ نَفْسٍ.

وأشبههما: بالرُّجْحَانِ: الضَّرْبُ في ست سنين، يُؤْخَذُ في كل سنة قَدْرُ ثلث الدية؛ نَظَراً إلى القَدْرِ.

ومنها في دِيَةِ النَّفْسِ الناقصة كَدِيَةِ المَرْأَةِ، والذمي، وغُرَّةِ الجَنِينِ، وجهان:

أحدهما: أنها تُضْرَبُ في ثَلَاثِ سنين؛ لأنها بَدَلُ النَّفْسِ، ويقال: إنه اختيار المَاسَرْجسيِّ.

وأشبههما: أنه يُنْظَر إلى القَدْرِ، فتضرب دِيَةُ اليَهُودِيِّ والنصراني في سَنَةٍ؛ فإنها قَدْرُ الثلث، وَدِيَةُ المَجُوسِيِّ، وغُرَّة الجنين كذلك، وإن كَانَتَا دون الثُّلُثِ؛ لأن السَّنَةَ لا تَتَبَعَّضُ، وكان المَعْنَى فيه أن الزُّرُوعَ والثمار وسائر الفَوَائِدِ تَتَكَرَّرُ كُلَّ سَنَةٍ، فاعتبر مُضِيُّهَا ليجتمع عندهم ما يَنْتَظِرُونَهُ، ويُوَاسُون عن بَسْطٍ وتمكُّنٍ.

ودية المرأة تُضْرَبُ في سنتين، يُؤْخَذُ من آخر السَّنَةِ الأولى ثلث دِيَةِ الرَّجُلِ، والباقي في آخر السَّنَةِ الثانية. ورُوِيَ ذلك عن عُمَرَ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ.

وعن أبي حنيفة فيما روى القاضي الروياني أن غُرَّةَ الجَنِينِ تُضْرَبُ في سَنَةٍ، ودية المَرْأَةِ في ثلاث سنين.

وعن أَحْمَدَ: أن دِيَةَ الذِّمِّيِّ تُضْرَبُ في ثلاث سنين، وكذا دِيَةُ المَرْأَةِ.

ومنها: لو قَتَلَ اثنين أو ثلاثة خَطَأً، فيلزم عَاقِلَتَهُ دِيَاتُهُمْ، وكيف تُضْرَبُ عليهم؟ فيه طريقان:

أحدهما: أنه إذا قَتَلَ ثَلَاثَةً، ونَظَرْنَا إلى القَدْر ضَرَبْنَاهَا في تِسْعِ سنين، وإن نظرنا إلى بَدَلِ النَّفْسِ، فوجهان:

أحدهما: تُضْرَبُ في ثلاث سنين والباقي في تسع، لأن بَدَلَ النفس الواحدة

---

(١) في ز: فتصرف.
(٢) في أ: فإن.

تُضرِبُ في ثلاث سنين فيزاد[١] كُلِّ نَفْسٍ ثلاث سنين.

وأظهرهما: أنا إن نَظَرْنَا إلى بَدَلِ النَّفْسِ ضَرَبْنَاهَا في ثلاث سنين، وإن نَظَرْنَا إلى القَدْرِ فوجهان:

أحدهما: في تسع.

وأصحهما: في ثلاث؛ لأن الوَاجِبَ دِيَاتٌ مختلفة، ومستحقوها مُخْتَلِفُونَ، فلا يُؤَخَّرُ حَقٌّ بعضهم باستحقاق غيره.

وهذا كما أن الدُّيُونَ المختلفة إذا اتَّفَقَ انْقِضَاءُ آجَالِهَا يتساوون[٢]، [ولا][٣] يلزم تَعَاقُبُهَا لاجتماعها، وحَاصِلُ الطريقين عند الاخْتِصَارِ وَجْهَانِ، كما ذكر في الكتاب.

فإن ضَرَبْنَاهَا عليهم في ثَلاَثِ سنين، فعليهم لِوَلِيِّ كل قَتِيلٍ في آخر السنة ثُلُثُ دِيَتِهِ، فيجتمع[٤] عليهم دِيَةٌ كَامِلَةٌ.

وإن ضَرَبْنَاهَا في تسع [سنين][٥]، فعليهم في آخر كل سَنَةٍ ثلث دية يُوزَّعُ على الأولياء، فيكون الحَاصِلُ لِوَلِيِّ كل قَتِيلٍ في آخر كُلِّ سَنَةٍ تُسْعَ دِيَته. هذا إذا قتلهم مَعاً، فإن قتل الثَّلاَثَةَ في ثَلاَثَةِ أيام، وقلنا: بِضَرْبِ الدِّيَاتِ في ثلاث سنين، فَتُؤَجَّلُ دِيَةُ كل واحد إلى ثلاث سنين، من يَوْم قتله، وإن قلنا بالضرب في تسع، فَدِيَةُ كل واحد تكون مُنَجَّمَةً في تسع سنين من يوم قَتْلِهِ يأخذ الوَلِيُّ في آخِرِ كُلِّ سنة تُسْعَهَا.

ومنها: لو قَتَلَ ثَلاَثَةٌ وَاحِداً خَطَأً، فالدِّيَةُ مُوَزَّعَةٌ عليهم، وحِصَّةُ كل واحد، وهي ثُلُثُ الدِّيَةِ تُضرَبُ على عَاقِلَتِهِ في ثلاث سنين، كجميع الدِّيَةِ عند الانْفِرَادِ، وذلك لأن الدِّيَةَ وَاحِدَةٌ، ومستحقها وَاحِدٌ.

وفيه وجه أن الثُّلُثَ الذي يَخُصُّ كُلَّ واحد منهم يُضْرَبُ في سَنَةٍ؛ لأنهم أَشْخَاصٌ متعددون، وقدر الثلث يُؤْخَذُ من العاقلة في السَّنَةِ.

ومنها: دِيَةُ الأَطْرَافِ، وأُرُوشُ الجِرَاحِ، فيها وجه أنها تُضْرَبُ في سَنَةٍ واحدة، قلَّت أو كَثُرَتْ؛ تَفْرِيعاً على أن المَرْعِيَّ في التَّأجيل ثَلاَثَ سنين كَوْنُ الوَاجِبِ بَدَلَ نَفْسٍ، وهذا ما حكاه الإِمَامُ عن رواية شيخه أبي مُحَمَّدٍ، قال: ولست أَعْتَدُّ به، وإن تكرر سَمَاعي [له][٦] منه، والصحيح: أنه يُنْظَرُ إن كان الوَاجِبُ قَدْرَ ثلث الدية، أو أقل،

---

(١) في ز: فتزداد.
(٢) في ز: تتساوق.
(٣) سقط في ز.
(٤) في ز: فيجمع.
(٥) سقط في ز.
(٦) سقط في ز.

فتضرب في سنة، سواء فيه الحُكُومَاتُ والمُقَدَّرَاتُ. وإن كان الوَاجِبُ أَكْثَرَ من الثلث، ولم يزد على الثلثين، كَقَطْعِ إحدى اليدين، فَتُضْرَبُ في سنتين، يُؤْخَذُ في آخر السنة الأُولَىٰ ثُلُثُ الدية، وفي آخر السَّنَةِ الثانية الباقي.

وإن كان أَكْبَرَ من الثلثين، ولم يزد على دِيَةِ النفس كما في قَطْعِ اليَدَيْنِ، فَيُضْرَبُ الوَاجِبُ في ثلاث سنين.

أما إذا اعْتَبَرْنَا المِقْدَارَ، فلأن الواجب في قَطْعِ اليدين قَدْرُ الوَاجِبِ في النفس، أما إذا اعْتَبَرْنَا كَوْنَ الواجب بَدَلَ النَّفْسِ، فلأن الوَاجِبَ في اليَدَيْنِ، وإن لم يكن بَدَلَ النفس، لكنه كَبَدَلِ النَّفْسِ في القَدْرِ والجِنْسِ، فكذلك في المُدَّةِ. وإن زاد على دِيَةِ النَّفْسِ، كما إذا قطع يَدَيْهِ ورِجْلَيْهِ، فإن اعْتَبَرْنَا المِقْدَارَ، ضَربْنَا الوَاجِبَ في ست سنين.

وإن اعتبرنا حُرْمَةَ النَّفْسِ فوجهان:

أظهرهما: أن الواجب كذلك؛ لأنه بَلَغَ الوَاجِبُ دِيَتَيْنِ، فإذا ضَرَبْنَا مِقْدَارَ دية[1] في ثلاث سنين، وجب أن تَضْعُفَ المُدَّةُ في مقدارِ دِيَتَيْنِ.

والثاني: لا تزاد المُدَّةُ على الثَّلاَثِ؛ لأن الأَطْرَافَ تَابِعَةٌ للنَّفْسِ، فلا تزاد مُدَّةُ بَدَلِهَا، وَبَدَلُ يَدَي المرأة كَبَدَلِ نَفْسِهَا، وبدل إحدى يديها يضرب في سنة واحدة بلا خلاف.

وقوله في الكتاب: «وهي مَائَةٌ من الإِبِلِ» مُسْتَغْنًى عنه في هذا المَوْضِعِ؛ لوضوحه، وتَبَيُّنِهِ[2] بما مَرَّ.

وقوله: «فلو وجب مَائَتَانِ من الإِبِلِ» أي: قَدْرُ مائتين بالقيمة.

وقوله: «وقلنا يحمل» إشَارَةٌ إلى الخِلاَفِ في أن بَدَلَ العَبْدِ، هل تحمله العَاقِلَةُ؟ وليعلم قوله: «تحمل» بالميم والألف لما بيَّنَّاهُ.

ونَظْمُ الكتاب يَقْتَضِي تَرْجِيحَ الضَّرْبِ في ثلاث سنين، ويُحْكَى اختياره عن القاضي أبي حَامِدٍ. والأَشْبَهُ بما قتل في سائر الصور تَرْجِيحُ الوَجْهِ الآخر.

وقوله: «وتضرب دِيَةُ اليَهُودِيِّ في سَنَةٍ» مُعْلَمٌ بالألف، ويجوز أن يُعْلَمَ بالحاء؛ بناء على أن عنده ديته كدية المسلم.

وقوله: «وَدِيَةُ المرأة في سَنَتَيْنِ» بالحاء والألف.

وقوله: «نظراً إلى القتل أو إلى أن الثلاثة الأنْفُسِ»؛ أَشَارَ به إلى ما ذَكَرْنَا أنها مَضْرُوبَةٌ في تسع سنين، إن اعتبرنا القدر، وكذا إن لم نَعْتَبِرْهُ على وجه؛ لأن النُّفُوسَ لا

---

(١) في ز: ديتين.

(٢) في ز: وتبيينه.

تكون كَنَفْسٍ واحدة في المُدَّةِ، كما أنها ليست كَنَفْسٍ واحدة في البَدَلِ.

وقوله: «كَنَفْسِهِ» مُعْلَمٌ بالواو، وكذا قوله: «في سَنَتَيْنِ».

وقوله: «لعدم النَّفْسِ ونُقْصَانِ القَدْرِ» معناه ما مَرَّ أن التَّأجِيلَ في ثلاث سنين يراعى[١] فيه العَدَدُ، أو كَوْنُ الواجب بَدَلَ النفس، ويستمر على المَعْنَيَيْنِ بألاَّ يُؤَجَّلَ بَدَلُ اليد الواحدة ثلاث سنين. وقوله: «فهو كَقَتْلِ نَفْس» أي: في مَجِيءِ الوجهين في أنه يضرب في ثلاث سنين، أو في سِتٍّ.

قال الإمام: وهذه الصُّورَةُ تُشْبِهُ من وَجْهٍ قَتْلَ نَفْسَيْنِ لوجوب دِيَتَيْنِ، ومن وجه تُفَارِقُهُ؛ لأن كل نفس مُمَيَّزَةٌ عن غيرها، وبَدَلُ اليَدَيْنِ والرجلين، وإن بلغ قَدْرَ ديتين، فهو مُتَعَلِّقٌ بشخص واحد.

قال الغَزَالِيُّ: **وَمَنْ مَاتَ فِي أَثْنَاءِ السَّنَةِ فَلاَ شَيْءَ عَلَيْهِ، وَالنَّظَرُ إِلَى آخِرِ السَّنَةِ، وَالغَائِبُ هَلْ يَلْتَحِقُ بِالْمَعْدُومِ فِيهِ قَوْلاَنِ وَنَعْنِي بِهِ غَيْبَةً تَمْنَعُ التَّحْصِيلَ فِي سَنَةٍ، وَأَوَّلُ الحَوْلِ يُحْسَبُ مِنْ وَقْتِ الرَّفْعِ إِلَى القَاضِي سَوَاءً شَعَرَ بِهِ العَاقِلَةُ أَوْ لَمْ تَشْعُرْ، لاَ مِنْ وَقْتِ الجِنَايَةِ، وَلَوْ سَرَتْ الجِنَايَةُ بَعْدَ الدَّفْعِ فَحَوْلُ أَرْشُ السِّرَايَةَ مِنْ وَقْتِ السِّرَايَةِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه ثَلاَثُ مسائل:

إحداها: إذا مات في أَثْنَاءِ السَّنَةِ بَعْضُ العَاقِلَةِ، لم يؤخذ من تَرِكَتِهِ شيء؛ اعتباراً بآخِرِ الحَوْلِ كالزَّكَاةِ، بخلف ما إذا مات الذِّمِّيُّ في خلال الحَوْلِ، هل يجب قِسْطُ ما مَضَى من الجِزْيَةِ؟ فيه خلاف. والفرق أن الجِزْيَةَ كالأُجْرَةِ بدار الإِسْلاَمِ على ما سَنُبَيِّن في مَوْضِعِهِ إن شاء الله تعالى.

وههنا مُبَاحَثَةٌ للإمام قال: لا يمكن أن يقال: حِصَّةُ الحَوْلِ من الدِّيَةِ لا تجب إلا من آخر الحَوْلِ؛ لأن مُوجِبَ الدِّيَةِ القَتْلُ، وأنه مُتَقَدِّمٌ، ولو كانت وَاجِبَةً على العاقلة، وكان ضَرْبُ الأَجَلِ للتخفيف، وجب ألا يسقط بالموت، وأن يَحِلَّ الأَجَلُ، كما في سائر الدُّيُونِ، فيشبه أن يقال: الدِّيَةُ وَاجِبَةٌ في الحال، ولكن لا يُضَافُ وُجُوبُهَا إلى العَاقِلَةِ على التَّعْيِينِ، بل ينظر [إلى] آخر الحَوْلِ، فإن كانوا بِصِفَةِ التَّحَمُّلِ تَبَيَّنَ أن الوجوب عليهم، وإلا تَبَيَّنَ تَعَلُّقُ الوجوب بِبَيْتِ المال، أو الجاني، إذا لم يكن في بيت المال مَالٌ، ولو مات بعض العَاقِلَةِ بعد تَمَامِ الحَوْلِ، مع كونه بصفة التَّحَمُّلِ لم يسقط ما وَجَبَ عليه، واستوفى من تَرِكَتِهِ، كما في سائر الدُّيُونِ.

---

(١) في أ: يرعى.

وقال أبو حَنِيفَةَ: يسقط.

المسألة الثانية: إن كانت العَاقِلَةُ حَاضِرِينَ في بَلَدِ الجِنَايَةِ، ضربت الدِّيَةُ عليهم على تَرْتِيبِهِمُ الذي سَبَقَ، وإن كانوا غَائِبِينَ لم يستحضروا، ولا انتظر حضورهم.

لكن إن كان لهم هناك مَالٌ أُخِذَ منه، وإلا فالقَاضِي يَحْكُمُ عليهم بالدِّيَةِ على تَرْتِيبِهِمْ، ويكتب بذلك إلى قاضي بَلَدِهِمْ؛ لِيَأْخُذَهَا وإن شاء حَكَمَ بالقَتْلِ، وكتب إلى قاضي بَلَدِهِمْ ليحكم عليهم بالدِّيَةِ، ويأخذها منهم.

وإن كان بعضهم حَاضِراً، وبعضهم غَائِباً، نُظِر إن كانوا مُسْتويين في الدَّرَجَةِ؛ فَهَلْ يُقَدَّمُ من حَضَرَ؟

فيه قولان:

أحدهما ـ وبه قال مالك ـ: نعم؛ لاخْتِصَاصِهِمْ بقرب الدَّارِ، كما يقدم المُخْتَصُّونَ بقرب القَرَابَةِ.

وأيضاً فالنُّصْرَةُ إنما تَتَأَتَّىٰ للحاضرين، والتحمل نوع نُصْرَةٍ؛ وأيضاً ففي الضَّرْبِ على الغائبين مَشَقَّةٌ، وقد يَنْقَطِعُ الطريق، فَيَتَأَخَّرُ التَّحْصِيلُ أو يَتَعَذَّرُ.

وأصحهما، وبه قال أبو حنيفة، وأحمد: لا، بل تُضْرَبُ على الكل لاسْتِوَائِهِمْ في العُصُوبَةِ والميراث، وعلى هذا فالحكم كما لو كانوا جَمِيعاً حاضرين أو غَائِبِينَ.

وإذا قلنا بِتَقْدِيم الحاضرين، فإذا لم يكن منهم وَفَاءٌ، فَلَا بُدَّ من ضَرْبِ الباقي على الغائبين، والطريق كتَاب القاضي كما سَبَقَ.

وإذا اختلف بِلَادُهُمْ قُدِّمَ الأَقْرَبُ داراً فالأَقْرَبُ، هكذا أَوْرَدَ القولين أكثرهم.

وفي «التتمة» نَصْبُ الخِلَافِ في أنه هل يَجُوزُ تَخْصِيصُ الحاضرين؟ قال: والخلاف يَتفَرَّعُ على أنه لو كَانَتِ العَاقِلَةُ كلهم حاضرين لا يَجُوزُ تَخْصِيصُ بعضهم بالضَّرْبِ عليه، فإن جَوَّزْنَا، فيجوز تَخْصِيصُ الحَاضِرِينَ بلا خِلَافٍ.

وإن كانوا مختلفين في الدَّرَجَةِ، فإن كان الحاضرون الأَقْرَبِينَ وزَّعَ عليهم، فإن لم يَفِ بالواجب كتب الباقي، وإن كان الحاضرون الأَقْرَبِينَ وزع عليهم، فإن لم يَفِ بالوَاجِبِ، كتب القاضي لما بقي، وإن كان الحاضرون الأَبْعَدِينَ، وفي تَخْصِيصِ الحَاضِرِينَ طريقان:

أشبههما: طَرْدُ الخلاف؛ لأن الضَّرْبَ عليهم أَيْسَرُ، ووصول المستحق إلى حَقِّهِ أَقْرَبُ، ويروى هذا عن أبي علي الطَّبَرِيِّ والصَّيْدَلَانِيّ، وهو الذي أَوْرَدَهُ صاحب «والمهذب».

والثاني ـ وبه قال الشيخ أبو حَامِدٍ والعراقيون ـ: القَطْعُ بالضَّرْبِ على الأقربين، وإن بعدت دَارُهُمْ؛ لأنهم أَقْوَى عُصُوبَةً، وَأَوْلَى بِالتَّحَمُّلِ والنُّصْرَةِ.

وقوله في الكتاب: «والغائب هل يَلْتَحِقُ بِالمَعْدُوم؟ فيه قولان»: يقتضي طَرْدَ الخلاف فيما إذا اسْتَوَىٰ الحَاضِرُونَ والغائبون في الدَّرَجَةِ، وفيما إذا كان الغائبون الأَقْرَبِينَ، وهو أَحَدُ الطريقين عند اختلاف الدَّرَجَةِ على ما حَكَيْنَاهُ، ثم ليس الخِلاَفُ في الالْتِحَاقِ بالعَدَم على الإِطْلاَقِ، بل في أن الحاضر[1] هل يَتَعَيَّنُ الضَّرْبُ عليه أو لا؟ كما لو كان الغائب مَعْدُوماً؛ لأنا وإن قَدَّمْنَا الحاضر، فإذا بَقِيَ شَيْءٌ من الواجب، نَأْخُذُهُ من الغائب، فلا يكون كالمَعْدُومِ من كُلِّ وَجْهٍ.

وقوله: «ونعني به غيبة تمنع التَّحْصِيلَ في سَنَةٍ»، يعني بالمُكَاتَبَةِ إلى القاضي والنظم ههنا، وفي «الوسيط» يُشْعِرُ بتخصيص الخلاف بما إذا كانت المَسَافَةُ بحيث لا يمكن التَّحْصِيلُ منها في سَنَةٍ، حتى إذا كانت دون ذلك لا يقدم الحاضر بلا خلاف.

وكَلاَمُ الشافعي ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ والأَصْحَاب لا يُسَاعد عليه؛ فإنهم فرضوا[2] فيما إذا كان القَاتِلُ بـ«مكة»، والعاقلة بـ«الشام»، وحكوا فيه الخلاف.

الثالثة: ابتداء المُدَّةِ في دِيَةِ النفس من وقت الزُّهُوقِ، سواء قتل بِجَرَاحَةٍ مُذَفِّفَةٍ، أو بِسَرَايَةٍ من قَطْعِ عُضْوٍ، أو جِرَاحَةٍ أخرى.

وقال أبو حَنِيفَةَ: يعتبر ابْتِدَاءُ المُدَّةِ من وقت حُكْمِ الحاكم بالدية على العَاقِلَةِ، حتى لو مَضَتْ ثلاث سنين، ثم تَرَافَعُوا [يَفْتَتِحُ][3] الحَاكِمُ ضَرْبَ المدة.

واحتج الأَصْحَابُ بأن الدِّيَةَ مَالٌ يَحِلُّ بانقضاء الأَجَلِ، فيكون ابتداء الأَجَلِ وَقْتَ وجوبه كَسَائِرِ الديون المُؤَجَّلَةِ. هذا ما يُوجَدُ لأئمة الأصحاب على اختلاف طَبَقَاتِهِمْ.

وفي الكتاب أن ابْتِدَاءَ الحَوْلِ من وقت الرَّفْعِ إلى القاضي، وكذا ذكر في «الوسيط»، وعلّلَ بأن هذه مُدَّةٌ تُنَاطُ بالاجتهاد، وصاحب الكتاب كالمُنْفَرِدِ بِنَقْلِ ما ذكره عن المذهب، حتى إن الإمام سَاعَدَ الجُمْهُورَ على رِوَايَاتِهِمْ، أن المدة تُحْسَبُ من وقت المَوْتِ.

نعم قال في «البيان» بعد ما حَكَى المَذْهَبَ الظَّاهِرَ، ونسبه للعراقيين[4]، وقال أصحابنا الخُرَاسَانِيُّونَ: الابتداء من حين الرَّفْعِ إلى القاضي، ويمكن أن يعني به صاحب الكتاب[5].

---

(١) في أ: الحاصل.

(٢) في أ: صوروا.

(٣) سقط من ز.

(٤) في ز: إلى العراقيين.

(٥) قال في الخادم: إنما أراد صاحب البيان به صاحب الإبانة، وقد ذكر ابن الرفعة أنه موجود في الإبانة ومنه أخذ الغزالي واعترضه في المهمات بأن الذي فيها موافقة الجمهور وحكاية هذا عن=

وقوله: «شعر به العَاقِلَةُ أو لم يشعر» قد يفهم أن المُرَادَ من الرفع مُجَرَّدُ انتهاء الحَالِ إلى القاضي، كما يفعله طَالِبُ الشُّفْعَةِ، والرَّادُ بالعَيْبِ.

فأما الحكم عليهم بالدِّيَةِ، فلا يكون دون إِحْضَارِهِمْ، وشعورهم، إلا أن يَفْرِضَ غَيْبَتَهُمْ. فأما الواجب في الجِنَايَةِ على ما دون النَّفْسِ، فإن لم تَسْرِ من عُضْوٍ إلى عُضْوٍ، وانْدَمَلَتْ، فابتداء المُدَّةِ من وقت الجِنَايَةِ؛ لأن الوُجُوبَ يَتَعَلَّقُ بها، وبالانْدِمَالِ يَتَبَيَّنُ اسْتِقْرَارُهَا.

قال الإمامُ: ولا يعتبر انْدِمَالُ الجِرَاحَةِ، وإن كُنَّا قد نقول: لا مُطَالَبَةَ[1] بالدِّيَةِ قبل الانْدِمَالِ؛ لأن التَّوَقُّفَ في المُطَالَبَةِ؛ ليتبين مُنْتَهَىٰ الجِرَاحَةِ[2]، وابْتِدَاءُ المدة ليس وَقْتَ طَلَبٍ، فلا[3] يقاس صَرْفُ المدة بالمُطَالَبَةِ، فإن انقضت سَنَةٌ، والجِرَاحَةُ لم تَنْدَمِلْ بَعْدُ، ففي مُطَالَبَةِ العَاقِلَةِ الخِلَافُ في مُطَالَبَةِ الجاني، إذا كان عَامِداً.

وفي «جَمْعِ الجوامع» للروياني أن أبا الفَيَّاضِ ذَهَبَ إلى احْتِسَابِ المدة من وَقْتِ الانْدِمَالِ. وإن سَرَتْ من عُضْوٍ إلى عُضْوٍ، كما إذا قَطَعَ أُصْبُعَهُ، فَسَرَتْ[4] إلى الكَفِّ، ففيه أوجه:

أحدها: أن ابْتِدَاءَ المُدَّةِ من وقت سُقُوطِ الكَفِّ، فإنه نِهَايَةُ الجِنَايَةِ، وقطع الأصبع مع السِّرَايَةِ كَقَطْعِ الكَفِّ.

والثاني: أن الابتداء من وَقْتِ الانْدِمَالِ لا من وَقْتِ قَطْعِ الأصبع، ولا من وقت سُقُوطِ الكَفِّ؛ لأن الجِرَاحَةَ لم تَقِفْ على مَحَلِّهَا، بل سَرَتْ، فتعتبر المُدَّةُ من نِهَايَةِ أَثَرِهَا.

والثالث: أن مُدَّةَ أُرْشِ الأصبع من يوم القَطْعِ، كما لو لم يَسْرِ، ومدة أَرْشِ الكَفِّ من يوم سُقُوطِ الكَفِّ.

والمذكور في «التهذيب» الأول، وفي تَعْلِيق الشيخ أبي حَامِدٍ، وكُتُبِ أصحابه الثاني، ويحكي الثَّالِثُ عن اختيار القَفَّالِ.

= أبي حنيفة قال صاحب الخادم: رأيت في نسخة قديمة من الإبانة الجزم به من غير ذلك خلاف ثم ساق لفظ النسخة التي وقف عليها ثم قال. وهذه هي نظير النسخة التي وقف عليها صاحب البيان وابن الرفعة، ثم اعترض صاحب الخادم على الرافعي فيما ادعاه الموجود للأصحاب القطع بالزهوق ويقتضي الاتفاق عليه وليس كذلك ففي تعليق القاضي الحسين أنه إذا حصل الموت بالسراية بأن اصبعه فسرى إلى نفسه ومات ففي ابتداء الأجل ثلاثة أوجه: أحدها: من وقت الجراحة لأن سبب الوجوب هو الجرح. والثاني: من وقت الزهوق. والثالث: إن ابتداء دية الأصبع من وقت قطعه والباقي من وقت الزهوق.

(١) في ز: يطالبه.
(٢) في أ: الحاجة.
(٣) في أ: ولا.
(٤) في ز: فسرى.

وحُجَّةُ الإمام والقاضي الرُّويَانِيِّ[١]، وهو ما أَوْرَدَهُ في الكتاب بعد ما جَرَىٰ على تَفَرُّدِهِ، فقال: «فلو سَرَتِ الجِرَاحَةُ بعد الرَّفع تحول أَرْشُ السراية من وقت السِّرَايَةِ» والله أعلم. وفي الدِّيَاتِ وراء ما ذكرناه صُوَرٌ ومَسَائِلُ هذا مَوْضِعُ ذكرها:

القَاتِلُ خَطَأً لا يحمل من الدِّيَةِ[٢] شيئاً. وقال أبو حَنِيفَةَ: يكون كأحد العَاقِلَةِ.

لنا: ما رُوِيَ أنه ﷺ قضى بالدِّيَةِ على عَاقِلَةِ الجَانِي، وذلك يقتضي كَوْنَ الجميع عليهم.

من قتل نَفْسَهُ عَمْداً أو خَطَأً، فهو مُهْدَرٌ، وكذا لو قَطَعَ طَرَفَ نَفْسِهِ، وقال أحمد: تجب الدِّيَةُ في الخَطَإِ على عَاقِلَتِهِ في النَّفْسِ لِوَرَثَتِهِ، وفي الطَّرَفِ له.

لنا: أن الدِّيَةَ تجب لِلْمَقْتُولِ أو المَقْطُوعِ، بدليل قَضَاءِ دُيُونِهِ، وتنفيذ وَصَايَاهُ منها.

فلا تجب للإنسان بِجِنَايَتِهِ في حَقِّ نفسه شَيْءٌ، كما لو أَتْلَفَ مَالَهُ جناية الصَّبِيِّ والمَجْنُونِ مَحْمُولَةٌ إذا كانت[٣] خَطَأً أو شِبْهَ عَمْدٍ، وكذا إذا كانت عَمْداً، إذا قلنا: إن عَمْدَهُمَا خَطَأٌ.

وبه قال أبو حَنِيفَةَ، والأَصَحُّ أنه عَمْدٌ.

إذا حَلَّ نَجْمٌ من الدِّيَةِ، ولا إِبِلَ في البَلَدِ، قُوِّمَتْ يومئذ، وأُخِذَتْ قِيمَتُهَا، ولا يُعْتَبَرُ بَعْضُ النجوم ببعض.

في فَتَاوَىٰ صاحب «التهذيب» أنه لو حَفَرَ بِئْراً في مَحَلِّ عدوان، ثم أحكم رَأْسَهَا، ثم جاء آخر، وفَتَحَهُ، فوقع فيها إِنْسَانٌ وتَلِفَ، فالضَّمَانُ على فاتح الرَّأْسِ.

ولو أحكم رَأْسَهُ مُحْتَسِبٌ، ثم جاء ثالث، وفَتَحَهُ، فالضَّمَانُ يَتَعَلَّقُ بالثالث كما لو طَمَّهُ[٤]، فجاء آخر وحَفَرَهَا ثَانِياً.

وأنه لو تَرَدَّتْ بَهِيمَةٌ في بِئْر عدوان، ولم تَتَأَثَّرْ بالصَّدْمَةِ، وبقيت فيها أَيَّاماً، فماتت جُوعاً وعَطَشاً، فلا ضَمَانَ على الحَافِرِ لحدوث سَبَبٍ آخر، كما لو جاء سَبُعٌ، فَافْتَرَسَهَا في البِئْرِ.

---

(١) قال الزركشي: ميل الرافعي في الشرح الصغير إلى الثالث. ثم قال إن الجمهور على ترجيح الثاني وهي طريقة العراقيين ونقله القاضي أبو الطيب وابن الصباغ عن الأصحاب. وقال في التتمة: إنه المذهب واختار الغزالي في البسيط وأقر المصنف في تصحيح التنبيه الشيخ عليه. انتهى وقال الشيخ البلقيني في تصحيح المنهاج إن الأرجح الثالث.

(٢) في ز: والدية.

(٣) في ز: كان.

(٤) في ز: حطمة.

وأنه إذا كان يَتَقَاتَلُ رجلان، فرمى أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ، فسقط بِصَوْلَتِهِ، وهَلَكَ لم يَجِبْ له ضَمَانٌ. وإن سقط بِصَوْلَتِهِ وضَرَبَهُ صَاحِبُهُ، وَجَبَ نِصْفُ الضمان.

وأنه لو شَدَّ عُنُقَ أحد بَعِيرَيْهِ بالآخر، وتَرَكَهُمَا في المَسْرَح، فدخل بَعِيرٌ لآخر بينهما، فَهَلَكَ من جَذْبَةِ الحَبْلِ أَحَدُ البعيرين، فلا ضَمَانَ، إلا أن يكون ذلك البَعِيرُ معروفاً بالعَضّ والإِفْسَادِ.

وإن من نصفه حُرٌّ، ونصفه رَقِيقٌ إذا قَتَلَ خَطأً يجب نِصْفُ الدية على عَاقِلَتِهِ.

قال الغَزَالِيُّ: **وَلَوْ جَنَى العَبْدُ فَأَرْشُهُ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ، وَهَلْ يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ حَتَّى يُطَالَبَ بِهِ بَعْدَ العِتْقِ فِيهِ قَوْلاَنِ، فَإِنْ تَعَلَّقَ فَهَلْ يَصِحُّ ضَمَانُهُ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ اخْتَارَ السَّيِّدُ الفِدَاءَ فَلَهُ ذَلِكَ وَلاَ يَلْزَمُهُ إِلاَّ أَقَلُّ الأَمْرَيْنِ مِنْ قِيمَةِ العَبْدِ أَوْ أَرْشُ الجِنَايَةِ فِي أَصَحِّ القَوْلَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: اخْتَرْتُ الفِدَاءَ لَمْ يَلْزَمْهُ مَا لَمْ يُسْلِمْ فِي أَقْيَسِ الوَجْهَيْنِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لما كان هذا القسم مَسُوقاً لِبَيَانِ من عَلَيْهِ الدِّيَةُ، وقد بَانَ فيه أن المَالَ الوَاجِبَ بِجِنَايَةِ الحُرِّ يجب عليه إن كانت الجِنَايَةُ عَمْداً، وعلى عاقلته إن كانت خَطَأً أو شِبْهَ عَمْدٍ حَسُنَ تَعْقِيبُهُ بِبَيَانِ أن المَالَ الواجب بِجِنَايَةِ الرقيق بمن يَتَعَلَّقُ فَنَخْتِمُ القِسْمَ بفصلين:

أحدهما: في جِنَايَةِ القِنِّ.

والثاني: في جناية المُسْتَوْلَدَةِ.

أما الفصل الأول، فإذا جَنَىٰ العَبْدُ جِنَايَةً تُوجِبُ المَالَ، أو توجب القِصَاصَ، ورجع الأمر بالعِتْقِ إلى المال تَعَلَّقَ المَالُ الواجب بِرَقَبَتِهِ، حتى تؤدي منها[1]؛ وذلك لأنه لا يُمْكِنُ إِلْزَامُ جِنَايَتِهِ السَّيِّدِ؛ لأنه إِضْرَارٌ به، والجاني العَبْدُ لا السَّيِّدُ، ولا يمكن أن يقال: إنه يكون في ذِمَّتِهِ إلى أن يعتق ويُوسِرَ؛ فإنه تَفْوِيتٌ للضمان، أو تَأْخِيرٌ لا إلى غَايَةٍ مَعْلُومَةٍ، وفيه ضَرَرٌ ظاهر، ويخالف ما إذا عَامَلَهُ إنسان بِإِقْرَاض وغيره، فإنه رِضَى يكون الحَقُّ في ذِمَّتِهِ، فجعل التَّعَلُّق بالرَّقَبَةِ طَرِيقاً وَسَطاً في رعاية[2] الجانبين ويروى عن ابن عَبَّاس ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ـ أنه قال: «إن العَبْدَ لا يغرم سيده فوق نَفْسِهِ شيئاً»[3].

---

(١) محل ما ذكره الشيخ في العبد المميز فأما من لا تمييز له وأمره بذلك آمر ففعل فلا يتعلق الأرش برقبته.

(٢) في ز: غاية.

(٣) أخرجه البيهقي من حديث مجاهد عند هذا، وزاد: وإن كان المجروح أكثر من ثمن العبد فلا يزاد عليه.

وهل يَتَعَلَّقُ مع ذلك بِذِمَّتِهِ؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم، كالمال الوَاجِبِ في جِنَايَةِ الحر، وللعبد ذِمَّةٌ، بدليل أنه لو اسْتَقْرَضَ مَالاً، وأَتْلَفَهُ يثبت البَدَلُ في ذِمَّتِهِ.

وعلى هذا فالرَّقَبَةُ مَرْهُونَةٌ بالحَقِّ الثابت في الذِّمَّةِ.

وأصحهما: ويُنْسَبُ إلى الجديد المَنْعُ؛ لأنه لو تَعَلَّقَ بالذِّمَّةِ كما تَعَلَّقَ بالرقبة كديون المُعَامَلاَتِ التي تَثْبُتُ في ذِمَّتِهِ.

وقد يقال في المسألة وجهان بَدَلاً عن القولين. وسَبَبُ التَّرَدُّدِ على ما أَشَارَ إليه الإِمَامُ أنهما ليسا مَنْصُوصَيْنِ، لكنهما مُسْتَنْبَطَانِ من أصول وقَوَاعِدَ للشافعي ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ، فعبر مُعَبِّرُونَ عنهما بقولين، وآخرون بوجهين.

وإذا حكمنا بالتَّعَلُّقِ بالذِّمَّةِ، فإذا بقي شَيْءٌ بعد صَرْفِ ثَمَنِهِ إلى الأَرْشِ اتبع به بعد العِتْقِ، وكذا لو ضاع[1] الثَّمَنُ قبل أن يصرف إلى المجني عليه يطالب بالكُلِّ، وهل يَجُوزُ أن يَضْمَنَهُ أَجْنَبِيٌّ؟

قال الإمام: فيه تَرَدُّدٌ عندي، مَأْخُوذٌ من كلام الأئمة.

أحد الوجهين[2] أنه لا يَصِحُّ ضَمَانُهُ؛ لأنا وإن أَطْلَقْنَا ثُبُوتَهُ، فهو على تقدير التَّوَقُّعِ، ولا اسْتِقْرَارَ له في الحال.

وأظهرهما: الصِّحَّةُ، كما يصح الضَّمَانُ عن الميت المُعْسِرِ وبل أولى[3]؛ لأن للعبد رَجَاءَ العِتْقِ واليَسَارِ، وآمَالُ الميت مُنْقَطِعَةٌ، فضمان ما يلزم ذِمَّتَهُ من ديون المُعَامَلاَتِ أَوْلَى بالصِّحَةِ، ولا خِلاَفَ في أنه يَصِحُّ ضمان ما يتعلَّقُ بِكَسْبِهِ كالمَهْرِ في النِّكَاحِ الصحيح.

ولو قال السيد: ضَمِنْتُهُ، فقد رَتبهُ الإمام على الخِلاَفِ فيما إذا ضَمِنَ الأَجْنَبِيُّ، وجعله أَوْلَىٰ بالصحة؛ لتعلقه بِمِلْكِهِ.

إذا تَقَرَّرَ ذلك، فالعَبْدُ الذي تَعَلَّقَ المال بِرَقَبَتِهِ لا يَصِيرُ مِلْكاً للمجني عليه، ولكن السَّيِّدَ بالخِيَارِ بين أن يَبِيعَهُ بنفسه، أو يسلمه للبيع، وبين أن يَسْتَبْقِيَهُ، ويَفْدِيَهُ، ويكون المَالُ المَبْذُولُ منه فِدَاءً، كالثمن الذي يَبْذُلُهُ غيره.

وإذا سَلَّمَهُ للبيع، فإن كان الأَرْشُ يَسْتَغْرِقُ قِيمَتَهُ بِيعَ جَمِيعُهُ، وإلا فَيُبَاعُ بِقَدْرِ الحاجة إلا أن يَأْذَن السيد في بَيْعِ الجميع، فيؤدي الأَرْشَ، ويكون الباقي له، وكذا

---

(١) في ز: أضاع.
(٢) في ز: القولين.
(٣) في ز: بالأولى.

يكون الحُكْمُ لو لم يوجد من يَرْغَبُ في شراء[1] البَعْضِ، وأراد السيد أن يَفْدِيَهُ بأقل الأَمْرَيْنِ من قيمته، وأَرْشِ الجِنَايَةِ؛ لأنه إن كانت قِيمَتُهُ أَقَلَّ، فليس على السَّيِّدِ إلا تسليم رَقَبَتِهِ، فإذا لم يسلم لم تَتَوَجَّهِ المُطَالَبَةُ إلا بالقِيمَةِ، وإن كان الأَرْشُ أَقَلَّ، فليس للمجني عليه إلا ذلك. والقديم ويُرْوَى عن أبي حَنِيفَةَ أنه يَفْدِيهِ بالأَرْشِ بَالغاً ما بَلَغَ؛ لأنه لو سلم العَبْد، وعرض على البيع ربما اشترى بأكثر من قيمته، وربما بُنِيَ القَوْلاَنِ على الخِلاَفِ في أن الأَرْش هل يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ.

إن قلنا: لا، فالتعلق مُنْحَصِرٌ في الرَّقَبَةِ، فلا يلزم بمنعها إلا بَدَلَهَا.

وإن قلنا: نَعَم، فجميع الأَرْشِ وَاجِبٌ، والرقبة مَرْهُونَةٌ به، وإنما يَنْفَكُّ الرَّهْنُ إذا قضى جميع الدين.

ولم يَرْتَضِ الإِمَامُ هذا البِنَاءَ؛ لأنه رَأَى الأَظْهَرَ تَعَلُّقَهُ بالذِّمَّةِ.

والأَصَحُّ باتفاق الأَصْحَابِ أنه إنما يَلْزَمُ الفِدَاءُ بالأقل، فلا ينتظم البِنَاءُ.

لكن الأصح عند أكثرهم أنه لا يَتَعَلَّقُ بالذِّمَّةِ، وينتظم البِنَاءُ، ثم في «التهذيب» أن النص أنه تُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يوم الجِنَايَةِ، وأن القَفَّالَ قال: وجب أن يعتبر قيمته يوم الفِدَاءِ[2]؛ لأن ما نَقَصَ قبل ذلك لا يُؤْخَذُ به السَّيِّدُ، ألا تَرَى أنه لو مات قبل اختِمَالِ الفِدَاءِ لم يَلْزَم السَّيِّدَ شَيْءٌ، وحمل النَّصّ على ما إذا سَبَقَ من السيد المَنْعُ من بيعه[3] حَالَةَ الجِنَايَةِ، ثم انتقصت القيمة.

ولو جنى العَبْدُ، فَفَدَاهُ السيد، ثم جَنَى مَرَّةً أخرى، فأما أن يسلمه ليباع أو يَفْدِيَهُ مَرَّةً أخرى، وإن كانت الجِنَايَةُ الثانية قبل الفِدَاءِ، فإن سَلَّمَهُ للبيع بِيعَ، وَوُزِّعَ الثَّمَنُ على أَرْشِ الجِنَايَتَيْنِ[4]، وإن اختار الفِدَاءَ فداه على الجديد[5] بالأَقَلِّ من القيمة ومن الأَرْشَيْنِ، وفي القديم[6] بالأَرْشَيْنِ.

---

(١) في ز: شرى.

(٢) وهذا الذي قاله القفال متجه وقضيته أنه لو حصل من السيد بيع وزادت قيمته أن النظر إلى وقت الفداء لتعلق حق المجني عليه بالزيادة وفي صورة الجنايتين إذا لم يتخللهما فداء كيف يفديه؟ ينظر إن حصل منه بيع الأول من البيع وكانت قيمته يوم الجناية أكثر فداء ثم نقصت قيمته ضارب الأول بأقل الأمرين من قيمة يوم الجناية ومن الأرش ويشارك الثاني بقيمته يوم الجناية عليه والأرش ثم يصرف إليهما قيمته على هذه النسبة.

(٣) في ز: معه.

(٤) قال الشيخ البلقيني في تصحيح المنهاج، محل هذا إذا لم يمنع من بيعه مختاراً للفداء، فإن منع لزمه أن يفدي كلا منهما كما لو كان منفرداً صرح بذلك الرافعي جازماً به في الكلام على جناية المستولدة.

(٥) في ز: القديم.

(٦) في ز: السيد.

وكذلك الحكم لو كان قد سَلَّمَهُ لِلْبَيْعِ، فجنى جِنَايَةً أخرى قبل أن يُبَاعَ، ولو قَتَلَ العَبْدَ الجَانِي أو أَعْتَقَهُ أو باعه، وقلنا بِنُفُوذِهِمَا، أو اسْتَوْلَدَ الجَارِيَةَ الجَانِيَةَ، فعليه الفِدَاءُ، وما الذي يلزمه؟ فيه[1] طريقان:

أحدهما: طرد القولين.

وأصحهما: أنه لا يَلْزَمُهُ إلا الأَقَلُّ؛ لِتَعَذُّرِ البَيْعِ وبُطْلَانِ تَوَقُّعِ الزِّيَادَةِ.

ولو مات العَبْدُ الجَانِي، أو هَرَبَ قبل أن يطالب السيد بتسليمه، فلا شَيْءَ على السَّيِّدِ، وكذا لو طُولِبَ، ولم يمنعه وإن طُولِبَ فَمَنَعَهُ، صار مُخْتَاراً لِلْفِدَاءِ.

قال في «التهذيب»: ولو قتل العَبْد، فللسيد أن يَقْتَصَّ، وعليه الفِدَاءُ للمجني عليه، ويجوز أن ينظر في وُجُوبِ الفِدَاءِ عليه إلى أن مُوجِبَ العَمْدِ القِصَاصُ، وأَحَدُ الأَمْرَيْنِ، وإن كان القَتْلُ موجباً للمال تَعَلَّقَ حَقُّ المجني عليه بِقِيمَتِهِ، وإذا أخذت تَخَيَّرَ السَّيِّدُ في تَسْلِيمِ فيها، وتسليم بَدَلِهَا من سائر أمواله تَخَيُّرَهُ في رَقَبَةِ العَبْدِ، وإذا لزم الفِدَاءُ بعد موت العبد أو قبله، ففيما يَفْدِيهِ؟ الطريقان المذكوران فيما إذا قتل العبد، أو أعتقه لحصول اليَأْسِ عن بيعه بما يزيد[2] على قِيمَتِهِ.

ولو قال السَّيِّدُ: اخترت الفِدَاءَ، فهل يَلْزَمُهُ الفِدَاءُ، أم يجوز له الرُّجُوعُ، ويسلم العبد، لِيُبَاعَ؟ فيه وجهان:

ظاهر المذهب، وهو المذكور في «التهذيب» أنه لا يلزمه الفِدَاءُ[3]، ويبقى الخِيَارُ، وأَجْرَىٰ الإِمَامُ الخِلَافَ[4] فيما إذا قال: أنا أَفْدِيهِ، وهو أَبْعَدُ لاحتماله الوَعْدَ، ومَوْضِعَ الخلاف ما إذا كان العَبْدُ بَاقِياً، أما إذا مات فلا رُجُوعَ له بِحَالٍ.

قال الغَزَالِيُّ: **وَإِنْ جَنَتِ المُسْتَوْلَدَةُ فَعَلَى السَّيِّدِ أَقَلُّ الأَمْرَيْنِ لِأَنَّهُ مَانِعٌ بِالاسْتِيلَادِ، فَلَوْ جَنَتْ مِرَاراً وَلَمْ يَتَخَلَّلْ فِدَاءٌ فَهِيَ كَجِنَايَةٍ وَاحِدَةٍ فَتُجْمَعُ وَيَلْزَمُهُ أَقَلُّ الأَمْرَيْنِ، وَلَوْ تَخَلَّلَ فِدَاءٌ لَزِمَهُ فِدَاءٌ جَدِيدٌ فِي أَحَدِ القَوْلَيْنِ، وَفِي القَوْلِ الثَّانِي يُسْتَرَدُّ الأَوَّلُ وَيُوَزَّعُ عَلَيْهِمَا، وَوَطْءُ الجَارِيَةِ الجَانِيَةِ لَيْسَ اخْتِيَاراً لِلْفِدَاءِ عَلَى أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ.**

---

(١) في ز: منه.

(٢) في ز: يرتد.

(٣) في ز: الوفاء.

(٤) قال الشيخ البلقيني في التصحيح: محل الخلاف ما إذا لم ينتقص قيمته بعد اختيار الفداء فإن قبضت لم يكن من الرجوع والاقتصار على تسليم العبد قطعاً لأنه فوت باختياره ذلك القدر من قيمته وهذا يظهر مما سبق النص والقفال. فإن قال أنا أسلمه وأغرم النقص فليس هذا موضع ينازع فيه لأنه لا يضيع بشيء على المجني عليه. وقال الشيخ البلقيني أيضاً: لو كان يتأخر بيعه تأخراً يصير بالمجني عليه وللسيد أموال غيره فليس له الرجوع قطعاً للضرر الحاصل للمجني عليه بالتأخير.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: **الفصل الثاني**: إذا جَنَتِ المُسْتَوْلَدَةُ على نَفْسٍ، أو مال، وَجَبَ على السيد فِدَاؤُهَا؛ لأنه بالاسْتِيلَادِ مَانِعٌ من بَيْعِهَا مع بَقَاءِ الرِّقِّ فيها، فَأَشْبَهَ ما إذا جَنَى القِنُّ، فلم يسلمه لِلْبَيْعِ.

وقال الإمام: السَّيِّدُ بالاستيلاد مُسْتَمْتِعٌ بِحَقِّهِ مُتَصَرِّفٌ في مِلْكِهِ، فجعله ملتزماً لِلْفِدَاءِ بِجِنَايَةٍ تحدث من بعد فيه غُمُوضٌ، ولكنه مُتَّفَقٌ عليه من الأَصْحَابِ، وبم يَفْدِيهَا؟ فيه طريقان:

أحدهما: طَرْدُ القولين المذكورين في القِنِّ.

وأصحهما: القَطْعُ بأنه يَفْدِيهَا بالأقل من قِيمَتِهَا، وأَرْشِ[1] الجِنَايَةِ، والفَرْقُ أن القِنَّ قَابِلٌ للبيع، وقد يُوجَدُ رَاغِبٌ بالزِّيَادَةِ، والمُسْتَوْلَدَةُ غير قَابِلَةٍ للبيع.

وفي القيمة المُعْتَبرةِ وَجْهَانِ عن الشيخ أبي عَلِيٍّ أن الاعْتِبَارَ بقيمة يَوْمِ الاسْتِيلَادِ؛ لأن السيد بالاسْتِيلَادِ صار مَانِعاً، وأظهرهما، وهو الذي أورده[2] الشيخ أبو مُحَمَّدٍ: أن الاعْتِبَارَ بقيمة يوم الإِتْلَافِ، ولا نَظَرَ إلى ما قَبْلَهُ، ولا نقول: إنه مَانِعٌ يوم الاسْتِيلَادِ، ولكنه بالاستيلاد يصير مَانِعاً من البَيْعِ وقت الحَاجَةِ إليه، وهو يوم الإِتْلَافِ.

وإذا جنت[3] المُسْتَوْلَدَةُ جِنَايَتَيْنِ فَصَاعداً، فإن أَثْبَتْنَا القَوْلَ القديم، وقلنا: إن المُسْتَوْلَدَةَ تُفْدَى بأَرْشِ الجِنَايَةِ، فعلى السيد أن يَفْدِيَهَا بأُرُوشِ الجِنَايَاتِ بَالِغَةً ما بَلَغَتْ.

وإن فَرَّعْنَا على الصحيح، وقلنا: إن الوَاجِبَ أَقَلُّ الأَمْرَيْنِ، فإن كان أَرْشُ الجناية

---

(١) قال الشيخ البلقيني: إنما يجيء الطريقان في مستولدة لا تباع فإن كانت تباع بأن استولد جاريته المرهونة وكان يبيض الشيخ لكنه ذكر بقية هذا في تصحيح المنهاج فقال ما نصه: فأما أم ولد تباع لأنه استولدها وهي مرهونة الرهن اللازم وهو معسر إذا جنت جناية توجب مالاً متعلقاً بالرقبة فإنه يقدم حق المجني عليه على حق المرتهن فإذا قال الراهن أنا أفديها على صورة لا يكون بها موسراً يساراً ينفذ فيه الاستيلاد في حق المرتهن فإنه إذ ذاك يأتي القولان قطعاً وإن لم يذكروا ذلك لأنه حينئذ يكون بفدائها مانعاً للمجني عليه من بيعها فتصير كالعبد القن فإذا أفداها استمرت مرهونة ثم إن وفى الدين من غيرها فحينئذ ينفذ الاستيلاد على المذهب وإن بيعت في الدين استمر عليها حكم القن في حق من يشتريها ثم إن عادت للراهن فإنه ينفذ الاستيلاد على الأظهر، فإذا جنت أم الولد هذه في حال كونها مرهونة جناية ثم جناية أخرى وهي مرهونة فلا تقول جناياتها كواحدة لأنه يمكن بيعها بل هذه كالقن يجني جناية ثم أخرى قبل الفداء فينقطع فيه بأن السيد إما أن يسلمها لتباع في الجنايتين وإما أن يفديها بأقل الأمرين من قيمتها وأرش الجنايتين على ما تقدم في القن.
ثم قال: ويجوز أن لا يفصل ويطلق في المسألة ثلاثة أقوال، واعلم أن الشافعي نص في الأم على القن في باب الجناية على أم الولد بعد أبواب القسامة ونقل الربيع عن الشافعي ما يقتضي ترجيح لزوم الفداء لكل جناية وهو الذي اختاره البغوي في تعليقه في تخلل الفداء.

(٢) في ز: رضيه. (٣) في ز: وإذا.

الأولى دون القيمة، وفَدَاهَا به، وكان الباقي من القيمة يَفِي بأَرْشِ الجِنَايَةِ.

الثانية، فَيَفْدِيَها للجناية الثانية بِأَرْشِهَا أيضاً، وإن كان أَرْشُ الجِنَايَةِ الأُولَى مِثْل القيمة، أو أكثرَ منها، أو دونها، إلا أن البَاقِي من القِيمَةِ لا يَفِي بأَرْشِ الجِنَايَةِ الثانية، فينظر أَوَقَعَتِ الجناية الثَّانِيَةُ قبل أن يَفْدِيَهَا السيد عن الأولى[1] أو بَعْدَ أن يَفْدِيَهَا، فهما حالتان:

إحداهما: إذا وقعت قبل الفِدَاءِ، ففيما يَلْزَمُ السَّيد؟ قولان:

أحدهما: أن عليه أن يَفْدِيَهَا لكل جِنَايَةٍ بالأَقَلِّ من قيمتها، وأَرْشِ تلك الجِنَايَةِ؛ لأن الاسْتِيلاَدَ السابق كالمَنْعِ من البَيْعِ بعد الجِنَايَةِ، فإذا وجد الاسْتِيلاَدُ، وحَصَلَتِ الجِنَايَاتُ كان الاسْتِيلاَدُ كَمَنْعٍ مُجَدّدٍ عَقِيبَ كُلِّ جناية.

ولو جَنَى القِنُّ، فمنع السيد من بَيْعِهِ، واختار الفِدَاءَ، ثم جَنَى، ففعل السيد مثل ذلك، يَلْزَمُهُ لكل جِنَايَةٍ الأَقَلُّ من أَرْشِهَا، ومن قيمته، فكذلك ههنا.

وأصحهما ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: أن جميعها كَجِنَايَةٍ وَاحِدَةٍ، وليس عليه إلا أَقَلُّ الأَمْرَيْنِ من أرشها، ومن قيمة المُسْتَوْلَدَةِ، والأقل القيمة في التصوير الذي نحن فيه، وذلك لأن الاسْتِيلاَدَ فعل واحد، فيجعل[2] مَنْعاً واحداً، إلاَّ أن الاسْتِيلاَدَ وإن تَقَدَّمَ على الجِنَايَةِ كالمنع، والتفويت المتأخرين عن الجِنَايَةِ، فليكن بِمَثَابَةِ ما لو جَنَى القِنُّ جِنَايَاتٍ، ثم قتله السيد، أو أعتقه لا يلزمه إلا فِدَاءٌ وَاحِدٌ.

والحالة الثانية: [إذا وقعت الجناية الثانية][3] بعد ما فَدَاهَا السيد عن الجِنَايَةِ الأولى، فهذه الحالة تَتَرَتَّبُ على الأولى، إن قلنا: يَجِبُ هناك لكل جِنَايَةٍ الأَقَلُّ من أَرْشِهَا، ومن قيمة المُسْتَوْلَدَةِ، فهاهنا أَوْلَى؛ لأن المَجْنِي عليه الأول قد قبض، ومَلَكَ المَقْبُوضَ، ونَقْضُ مِلْكِهِ بجناية تَصْدُرُ من مَمْلُوك غيره بَعِيدٌ، وبتقدير[4] ألاَّ يوجب لكل جِنَايَةٍ فِدَاءٌ يحتاج إلى النَّقْضِ، والاسترداد على ما سَنُبَيِّنُهُ، وإن جعلنا الجِنَايَاتِ كَجِنَايَةٍ وَاحِدَةٍ هناك، ولم نوجب الفِدَاءَ إلا مَرَّةً واحدة، فهاهنا قولان:

أحدهما ـ وهو اختيار المُزَنِيّ والربيع ـ: أن كُلَّ جِنَايَةٍ تفرد بِفَدَاءٍ، وعليه أن يَفْدِيَ للجناية الثانية بالأَقَلِّ من أرشها، ومن قيمة المُسْتَوْلَدَةِ على نحو فِدَائِهِ للأولى، كما لو جنى[5] القِنُّ، وفَدَاهُ، ثم جنى ثانياً يَفْدِيهِ بِفِدَاءٍ ثَانٍ إذا لم يسلمه لِلْبَيْعِ[6]، وفي «أمالي»

---

(١) في ز: للأولى.
(٢) في ز: فجعل.
(٣) سقط في ز.
(٤) في ز: ويتقدم.
(٥) في ز: لو.
(٦) في هامش أ: يفديه بفداء ثان أو يسلم للبيع.

أبي الفرج السَّرَخْسِيِّ أن هذا مَذْهَبُ مالك[١].

والقول الثاني: أنه لا يَجِبُ ههنا أيضاً إلا الأقل من القيمة، وموجب الجنايتين ولا يَتَكَرَّرُ الفِدَاءُ؛ لأنه إنما أَوْجَبْنَا الفِدَاءَ؛ تَنْزِيلاً للاسْتِيلَادِ مَنْزِلَةَ الإِتْلَافِ، والمنع من البيع وإتلاف الشيء لا يُوجِبُ إلا قِيمَةً وَاحِدَةً.

وبهذا قال أبو حَنِيفَةَ، ورجح صاحب «التهذيب» القول الأَوَّلَ، وهو وجوب الفِدَاءِ للجناية الثانية، لكنَّ مَيْلَ الأكثرين إلى تَرْجِيحِ الثاني، وقد أَفْصَحَ به الشيخ أبو إِسْحَاقَ الشيرازي والقاضي الروياني وغيرهم.

وإذا قلنا به، فَيُشَارِكُ المَجْنِي عليه ثانياً المَجْنِي عليه الأَوَّل فيما أَخَذَهُ، ويقسم حمله الوَاجِبِ بينهما[٢] على ما يَقْتَضِيهِ الحَالُ.

مثاله: قيمة المُسْتَوْلَدَةِ أَلْفٌ، وأَرْشُ كل جِنَايَةٍ أَلْفٌ، وأخذ المجني عليه الأول القِيمَةَ، يرجع الثاني عليه بخمسمائة، ولو كانت القيمة كذلك، وأَرْشُ الجناية الأُولى أَلْفٌ، وأَرْشُ الثانية خمسمائة، فيرجع المَجْنِي عليه ثانياً على الأولى بِثُلُثِ الألف، ولو كانت القيمة كذلك، وأَرْشُ الثانية أَلْفٌ، وأرش الأولى خمسمائة، وهو الذي أَخَذَهُ الأول، فَيَأْخُذُ الثاني من السَّيِّدِ بَقِيَّةَ القيمة خمسمائة، ويرجع على الأول بثلث ما أخذ؛ لتصير القِيمَةُ بينهما أَثْلَاثاً، وقد يعكس تَرْتِيب الحالتين، فيقال: إن تَخَلَّلَ الفِدَاءُ، فهل يَتَجَدَّدُ؟ فيه قولان، وإن لم يَتَخَلَّلْ، فقولان مُرَتَّبَانِ، وأَوْلَىٰ بِأَلاَّ يَتَعَدَّدَ، والمقصود لا يَخْتَلِفُ.

ويجوز ألا نفصل ونطلق في المسألة ثَلَاثَةَ أقوال:

ثالثها: يفرق بين أن يَتَخَلَّلَ الفِدَاءُ، فيلزمه فِدَاءٌ آخر، أو لا يَتَخَلَّلُ، فيكفي فِدَاءٌ وَاحِدٌ. وفي شرح الجُوَيْنِيِّ للموفق بن طَاهِرٍ حِكَايَةُ طريقين في موضع الخلاف عند تَخَلُّلِ الفِدَاءِ. فعن بعضهم أن الخِلَافَ فيما إذا دفع الفداء بنفسه إلى المجني عليه الأول. أما إذا دفع بِقَضَاءِ القاضي، فيقطع بأنه لا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ آخر.

وعن ابن أبي هُرَيْرَةَ أنه لا فَرْقَ، ويجري الخِلَافُ المذكور في الجِنَايَةِ الثالثة والرابعة، لا إلى نهاية.

ومهما زَادَتِ الجِنَايَةُ زاد الاسْتِرْدَادُ، وشُبِّهَ ذلك بما إذا قُسِّمَتْ تَرِكَةُ إنسان على غُرَمَائِهِ وَوَرَثَتِهِ، وكان قد حَفَرَ بئر عدوان، فهلك بَهِيمَةٌ أو إِنْسَانٌ بها، يزاحم المَجْنِي عليه الغُرَمَاءَ والوَرَثَةَ، ويستردُّ منهم حِصَّتَهُ، فلو هلك آخر زاد الاسْتِرْدَادُ.

---

(١) في ز: أكثر من قيمة المستولدة.

(٢) في ز: منهما.

«فرُوع»

أحدها: قد ذكر في الكتاب وَطْءَ الجارية الجانية، هل هو اخْتِيَارٌ للفداء؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كما أن وَطْءَ البائع في زَمَانِ الخِيَارِ[(١)] فَسْخٌ للبيع، ووطء المشتري إجازه.

وأصحهما: المَنْعُ؛ لأن الوَطْءَ لا دِلاَلَةَ له على الاخْتِيَارِ بخلاف اللَّفْظِ، وبتقدير[(٢)] أن يَدُلَّ عليه، فقد ذَكَرْنَا أن الاخْتِيَارَ لا يَلْزَمُ، ويخالف الوَطْءُ في زَمَانِ الخِيَارِ؛ لأن الخيار في البَيْعِ إنما يَثْبُتُ بالشرط، أو بالعَقْدِ المتعلق بالاختيار، فإذا ثَبَتَ بفعله، جاز أن يسقط بفعلَه، [والخيار للسيد يَثْبتُ ابتداءً من جِهَةِ الشرع لا بفعله، فلا يَسْقُطُ بفعله][(٣)].

والثاني: قال في «التهذيب»: إذا جَنَتْ جَارِيَةٌ لها وَلَدٌ، لم يتعلق الأَرْشُ بِرَقَبَةِ الوَلَدِ، وإن وَلَدَتْ بعد الجناية، فكذلك سواء كان الحَمْلُ حَاصِلاً يوم الجِنَايَةِ، أو لم يكن، ثم إذا لم نُجَوِّزِ التفريق فَيُبَاعُ الوَلَدُ معها، ويصرف ما يُقَابِلُ الأُمَّ إلى أَرْشِ الجناية، وما يُقَابِلُ الوَلَدَ للسيد.

وإن جَنَتْ وهي حَامِلٌ، أو حبلت بعد الجِنَايَةِ، هل تُبَاعُ حاملاً؟

إن قلنا: إن الحَمْلَ لا يعرف، فَتُبَاعُ، كما لو زادت زِيَادَةً مُتَّصِلَةً.

وإن قلنا: يعرف، فلا تُبَاعُ حتى تَضَعَ؛ لأنه لا يمكن إِجْبَارُ السيد على بَيْعِهَا مع الحمل، ولا يجوز[(٤)] اسْتِثْنَاءُ[(٥)] الحَمْلِ، فإذا وضعت ببيعها.

الثالث: إذا لم يَفِدْ السَّيِّدُ الجَانِيَ، ولا سَلَّمَهُ للبيع، باعه الحَاكِمُ، وصرف الثَّمَنَ إلى المجني عليه، وإن أَرَادَ بَيْعَهُ منه، جاز إن كان الأَرْشُ نَقْداً، وإن كان الوَاجِبُ الإِبِلَ، قال في «التتمة»: ينبني[(٦)] على أن الصُّلْحَ عن إبل الدية هل يجوز؟

القِسْمُ الرَّابِعُ مِنَ الكِتَابِ فِي غُرَّةِ الجَنِينِ

قال الغَزَالِيُّ: **وَالنَّظَرُ فِي أَطْرَافِ الطَّرَفُ الأَوَّلُ فِي المُوجِبِ وَهِيَ جِنَايَةٌ تُوجِبُ انْفِصَالَ الجَنِينِ مَيْتاً، فَإِنْ لَمْ يَنْفَصِلْ وَمَاتَتِ الأُمُّ فَلاَ شَيْءَ، وَإِنْ انْفَصَلَ بَعْدَ مَوْتِ الأُمِّ**

---

(١) في أ: اختيار النسخ.
(٢) في ز: ما تقدم.
(٣) سقط في ز.
(٤) في ز: يجبر.
(٥) سقط من ز.
(٦) في ز: يبنى.

وَجَبَ (ح م)، وَإِنْ انْفَصَلَ حَياً وَلَوْ عَلَى حَرَكَةِ المَذْبُوحِينَ ثُمَّ مَاتَ فَدِيَةٌ كَامِلَةٌ وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ لِمَا دُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَتِلْكَ الحَيَاةُ لاَ تَدُومُ، بَلْ لَوْ لَمْ تَكُنْ جِنَايَةٌ فَقُتِلَ مِثْلُ هَذَا الجَنِينَ وَجَبَ القِصَاصُ كَقَتْلِ مَرِيضٍ مُشْرِفٍ عَلَى المَوْتِ، وَلَوْ خَرَجَ رَأْسُ الجَنِينِ وَمَاتَتِ الأُمُّ وَجَبَتِ الغُرَّةُ لِتَيَقُّنِ الجَنِينَ، وَقِيلَ: لاَ يَجِبُ لِعَدَمِ الانْفِصَالِ، وَكَذَا الوَجْهَانِ فِيمَا لَوْ قُدَّتْ بِنِصْفَيْنَ فَانْكَشَفَ الجَنِينُ فِي بَطْنِهَا، وَكَذَا الوَجْهَانِ فِيمَا لَوْ خَرَجَ رَأْسُ الجَنِينِ فَصَاحَ فَحُزَّتْ رَقَبَتُهُ، فَمَنْ لاَ لاَ يَعْتَدُّ بِهَذَا الانْفِصَالِ لاَ يُوجِبُ القِصَاصَ وَلاَ كَمَالَ الدِّيَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مقصود[1] القسم الكَلاَمُ في دِيَةِ الجَنِينَ، والأصل فيها مَا رُوِيَ عن أبي هريرة ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ أن امْرَأَتَيْنِ مِنْ «هُذَيْلٍ» رَمَتْ إحداهما الأخرى، فَطَرَحَتْ جنينها، فقضى رسول الله ﷺ بِغُرَّةٍ عَبْدٍ أو وَلِيدَةٍ، ويروى: «فَضَرَبَتْ إحداهما الأخرى بِحَجَرٍ فقتلتها وما في جوفها، فقضى رسول الله ﷺ في الجنين بِغُرَّةٍ عَبْدٍ أو أَمَةٍ، ويروى: «فقضى بِدِيَةِ جَنِينِهَا غُرَّةَ عَبْدٍ أو أَمَةٍ»[2]، فقال بعضهم: كيف يَدِي من لا شرب ولا أكل ولا صاح، ولا استهل، ومثل ذلك يُطَلُّ ـ ويروى: بَطُلَ بدل يُطَلَ ـ، فقال رسول الله ﷺ: «إِنَّ هَذَا مِنْ إِخْوَانِ الْكُهَّانِ»، ويروى: «أَسَجْعاً كَسَجْعِ الْجَاهِلِيَّةِ؟» يقال: غُرَّةُ عَبْدٍ أو أَمَةٍ على الإِضَافَةِ، ويروى:[3] «غرةٌ عَبْدٌ أو أَمةٌ» على البَدَلِ، والغُرَّةُ: الخيار.

ويقال: طُلَّ دمه أي: أهدر[4].

ورتب مسائل القِسْمَ على أَطْرَافٍ: المُوجِب، وما تَجِبُ فيه، والوَاجِب بصفاته، وأما من يَجِبُ عليه، فلم يُفْرِدْهُ بِتَرْجَمَةٍ، وذكره في آخر القِسْمِ.

أما الأول، فقد قال: المُوجِبُ، وهو جِنَايَةٌ توجب انْفِصَالَ الجَنِينِ مَيِّتاً، وقد تَعَرَّضَ في الضابط لقيود:

أحدها: الجِنَايَةُ، والمقصود ما يُؤَثِّرُ في الجنين من ضَرْبٍ، وإيجَارِ دَوَاءٍ[5] ونحوهما، ولا أَثَرَ لِلطَّمَّةِ الخَفِيفَةِ، وما في معناها كما لا يُؤَثِّرُ في الدِّيَةِ.

---

(١) في أ: الفصل.

(٢) الحديث متفق عليه من حديث أبي هريرة أيضاً، في البخاري، في مسلّم ومن حديث المغيرة بن شعبة، وفي الباب عن أبي المليح عن أبيه رواه الطبراني، وسمى في روايته المرأتين.

(٣) في ز: وروي.

(٤) قال الشنفرى:

إنَّ بالشعب الذي دُون سَلْعٍ ... لقتيلاً دمه لا يُطَلُّ

والكسائي يجيز: طَلَّ دمه ـ بفتح الطاء: أي بَطَل. ينظر: النظم المتعذب ٢/٢٤٨.

(٥) ما أطلقه من إيجار الدواء ينبغي تخصيصه بغير المعذورة، فلو دعتها ضرورة إلى شرب دواء فألقته فينبغي ألا يضمن نسبته.

والثاني: الانفِصَالُ، فلو ماتت الأُمُّ، فلم ينفصل جَنِينٌ، لم يجب على الضَّارِبِ شيء؛ لأنا لا نَتَيَقَّنُ وُجوبَ الجَنِينِ، فلا نُوجِبُ شيئاً بالشَّكِّ.

وكذا لو كانت المرأة مُنْتَفِخَةَ البَطْنِ، فضربها ضَارِبٌ، فزال الانْتِفَاخُ أو كانت تَجِدُ حَرَكَةً في بَطْنِهَا، فانقطعت الحَرَكَةُ؛ لجواز أنه كان رِيحاً، فانْفَشَّتْ[١]، ثم المعتبر[٢] انْكِشَافُ الجنين أو الانْفِصَالُ التَّامُّ ذكروا فيه وجهين:

أصحهما: أن المُعْتَبَرَ[٣] الانْكِشَافُ وظُهُورُ شَيْءٍ منه؛ لأن المَقْصُودَ أن يتحقق وجوده.

والثاني ـ وبه قال مَالِكٌ، ويحكى عن القَفَّالِ ـ: أن المُعْتَبَرَ الانْفِصَالُ التام؛ ليستقل، وما لم يَنْفَصِلْ كان كالعُضْوِ من الأُمِّ، ويستشهد له بأن انْقِضَاءَ العِدَّةِ، ووقوع الطَّلاَقِ بالوِلاَدَةِ وسائر الأحكام لا يَتَعَلَّقُ بخروج بعض الوَلَدِ، بل بالانْفِصَالِ التام، فكذلك ههنا.

ويَتَفَرَّعُ على الوجهين ما إذا ضَرَبَ بَطْنَهَا، فخرج رَأْسُ الجنين مَثَلاً، وماتت الأُمُّ كذلك، ولم ينفصل أو خَرَجَ رَأْسُهُ، ثم جَنَى عليها، فماتت، فعلى الأَصَحِّ تجب الغُرَّةُ لِتَيَقُّنِ وُجُودِهِ، وعلى الثاني لا تجب لِعَدَمِ الانْفِصَالِ.

ولو قُدَّتْ نِصْفَيْنِ[٤]، وشوهد الجَنِينُ في بَطْنِهَا، ولم ينفصل، ففيه هذا الخلاف.

ولو خرج رَأْسُ الجنين، وصاح فَخَرَّ حَازٌّ رَقَبَتَهُ، فإن اعتبرنا العِلْمَ بحصول الجَنِينِ، وجب القِصَاصُ، أو كَمَالُ الدية؛ لأنا تَيَقَّنَّا بخروج الرَّأْسِ وُجُودَهُ، وبالصياح حَيَاتَهُ. وإن اعتبرنا الانْفِصَالَ، لم نوجب القِصَاصَ ولا الدِّيَةَ.

ولو صَاحَ ومات، فَوُجُوبُ الدِّيَةِ على الخلاف[٥].

والثالث: كون المُنْفَصِلِ مَيِّتاً، فلو انْفَصَلَ حَيّاً، نُظِرَ إن بقي زَمَاناً سَالِماً غير مُتَأَلِّمٍ، ثم مات، فلا ضَمَانَ على الضَّارِبِ؛ لأن الظَّاهِرَ أنه مَاتَ بسبب آخر.

وإن مات كما خَرَجَ، أو كان مُتَأَلِّماً إلى أن مات، وَجَبَ فيه الدِّيَةُ الكاملة؛ لأنا تَيَقَّنَّا حَيَاتَهُ، وقد هَلَكَ بالجناية، فَأَشْبَهَ سَائِرَ الأَحْيَاءِ، ولا فَرْقَ بين أن يستهلَّ أو لا يستهلَّ، ولكن وجده ما يَدُلُّ على حياته كالتَّنَفُّسِ وامْتِصَاصِ اللَّبَنِ، والحَرَكَةِ القوية

---

(١) في أ: فانفش.
(٢) في ز: المعيار.
(٣) في ز: المعيار.
(٤) في أم: النصفين.
(٥) وصورته أن يضرب بطن الأم فيستهل الجنين فيصيح ثم يموت، ووجوب الدية هنا وثبوت الإرث له ظاهر.

كَقَبْضِ اليد وبَسْطِهَا، ولا عِبْرَةَ بمجرد الاختلاج فقد يكون ذلك انْتِشَاراً بسبب الخُرُوجِ من المَضِيقِ.

وعن «المنهاج» للجويني حِكَايَةُ قَوْلٍ أنه يكتفي بالاخْتِلَاجِ، والمشهور الأول.

وعن مَالِكٍ أن الاعْتِبَارَ بالاستهلال لا غَيْرَ، وإذا علمت الحياة فلا فَرْقَ بين أن يكون قد انْتَهَى إلى حَرَكَةِ المَذْبُوحِينَ، أو لم يَنْتَهِ إليها، بل بَقِيَ يوماً ويومين، ثم مَاتَ؛ لأنا تَيَقَّنَّا الحَيَاةَ في الحالتين[١] وقد وردن الجِنَايَةُ عليه، والظاهر أنه هَلَكَ بالجِنَايَةِ، [وكذا][٢] ولا فَرْقَ بين أن يَنْفَصِلَ لوقت يتوقع أن يعيش، أو لوقت لا يتوقَّعُ أن يعيش، بأن انفَصَلَ لدون سِتَّةِ أشهر[٣].

وقال المزني: إن لم يتوقَّعْ أن يعيش أو كان انتهى إلى حركة المذبوح، ففيه الغُرَّةُ دون الدِّيَةِ، ولم تكمل فيه الدية؛ لأن الجِنَايَةَ ـ والصورة هذه ـ منع من الحياة لا قَطْعَ لها. وفي «التتمة» حكاية وَجْهٍ مثله عنه فيما إذا كان قد انْتَهَىٰ إلى حَرَكَةِ المَذْبُوحِينَ، ولو قتل قَاتِلٌ مثل هذا الجَنِينِ بعد ما انْفَصَلَ، فإن انْفَصَلَ لا بجناية جَانٍ، فعلى القاتل القِصَاصُ، كما لو قتل مَرِيضاً مُشْرِفاً على الوَفَاةِ.

وإن انْفَصَلَ بجناية جَانٍ، فإن كانت فيه حَيَاةٌ مُسْتَقِرَّةٌ، فكذلك، وإلا فلا شَيْءَ على الثاني، والقَاتِلُ الأول، وقد قَدَّمْنَا الفَرْقُ بين أن ينتهي إلى حَرَكَةِ المذبوحين[٤] بِجِنَايَةٍ، وبين أن ينتهي لا بِجِنَايَةٍ.

ولو انفصل منها بعد ما مَاتَتِ الأُمُّ من الضرب وَجَبَتِ الغُرَّةُ، كما لو انْفَصَلَ في حياتها؛ لأنه شَخْصٌ مستقل، فلا يدخل ضَمَانُهُ في ضمانها.

وعن أبي حَنِيفَةَ ومالك: أنه لا تجب الغُرَّةُ إذا انفصل بعد مَوْتِ الأُمِّ. ولا فَرْقَ في وجوب الغُرَّةِ بين أن يكون الجَنِينُ ذَكَراً أو أُنْثَى، أو لا يعرف حاله؛ لأن الأَخْبَارَ الوَارِدَةَ في الغُرَّةِ مُطْلَقَةَ، وأيضاً فإنا لا نَعْتَبِرُ الحياة في وجوب الغُرَّةِ، وإذا لم نعتبر الحَيَاةَ، فَأَوْلَىٰ ألا نعتبر الذُّكُورَةَ والأنوثة؛ لأن الذي يختلف بالحَيَاةِ والموت أَصْلُ الوُجُوبِ، والذي يختلف بالذُّكُورَةِ والأُنُوثَةِ مِقْدَارُ الوَاجِبِ، وكذا لا فَرْقَ بين ثابت النَّسَبِ وغيره، وبين تَامِّ الأَعْضَاءِ ونَاقِصِهَا.

ولو اشْتَرَكَ اثنان في الضَّرْبِ، فالغُرَّةُ بينهما.

---

(١) في ز: وورود. (٢) سقط في ز.

(٣) وما ذكره من القود فيمن لم يبلغ ستة أشهر وإن انتهى إلى حركة المذبوح تبع فيه الإمام وغيره لكن نص الشافعي في الأم على المنع وجرى عليه صاحب التلخيص والماوردي في الحاوي.

(٤) في ز: المذبوح.

ولو أَجْهَضَتْ جَنِينَيْنِ وَجَبَتْ غُرَّتَانِ، ولو أجهضتْ حَيّاً وَمَيّتاً، ومات الحَيُّ، وجبت دِيَةٌ كَامِلَةٌ وغُرَّةٌ.

ولو ضرب بَطْنَ امرأة مَيِّتَةٍ، فانفصل منها جَنِينٌ ميت لم تَجِبِ الغُرَّةُ؛ لأن الظَّاهِرَ أن هَلاَكَهُ بِهلاَكِ الأم. كذا قاله في «التهذيب».

وفي «جمع الجوامع» للروياني أن القاضي الطَّبَرِيُّ قال: يجب ضَمَانُ الجَنِينِ؛ لأن الجَنِينَ قد يبقى في جَوْفِ الأمِّ حَيّاً، فالأَصْلُ بقاء[1] حَيَاتِهِ، ولا بَأْسَ بما يَتَّفِقُ أَحْيَاناً من تَغْيِيرِ تَرْتِيبِ المسائلِ لِحَاجَةِ الشرح، وسينتهي النَّاظِرُ إلى مقدم بتأخر، ويَظْفَرُ بمقصوده منه إذا لم يَقَعْ إِهْمَالٌ. وقوله: «بَعْدَ مَوْتِ الأمِّ وَجَبَ» مُعْلَمٌ بالحاء والميم.

وقوله: «ولو على حَرَكَةِ المذبوحين» يجوز أن يُعْلَمَ بالزاي مع قوله: «وإن كان ذلك لما دُونَ ستة أَشْهُرٍ».

وكذا قوله: «وَجَبَ القِصَاصُ»؛ لأن الحكاية عنه أنه لا يَجِبُ القِصَاصُ أَيْضاً، وليعلم قوله: «وجبت الغُرَّةُ لِتَيَقُّنِ الجنين» بالميم؛ لما مَرَّ.

واعلم أن الضَّبْطَ الذي ذَكَرَهُ صاحب الكتاب لِلْمُوجِبِ يَشْتَمِلُ على لَفْظِ «الجنين»، فلو أَدْرَجَ فيه مَسَائِلَ الطرف الثاني، ولم يُفْرِدْهَا بترجمة لكان قَوِيماً.

قال الغَزَالِيُّ: **وَلَوْ أَجْهَضَتْ يَداً وَمَاتَتْ وَجَبَتْ غُرَّةٌ إِذَا تَيَقَّنَّا وُجُودَ جَنِينِهَا، وَلَوْ أَلْقَتْ أَرْبَعَةَ أَيْدٍ وَرَأْسَيْنِ لَمْ يَزِدْ عَلَى غُرَّةٍ فَرُبَّ شَخْصٍ لَهُ رَأْسَانِ، وَلَوْ أَلْقَتْ بَدَنَيْنِ فَدِيَتَانِ إِذْ لاَ يُمْكِنُ البَدَنَانِ لِشَخْصٍ وَاحِدٍ، وَلَوْ أَلْقَتْ يَدَيْنِ ثُمَّ خَرَجَ جَنِينٌ حَيٌّ بِلاَ يَدَيْنِ فَدِيَةٌ كَامِلَةٌ لِلْيَدَيْنِ، وَإِنْ كَانَ سَلِيمَ اليَدَيْنِ فَحُكُومَةٌ لَهُمَا.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا أَلْقَتِ المَرْأَةُ بِالجِنَايَةِ عليها يَدَاً أو رِجْلاً، ومَاتَتْ، ولم يَنْفَصِلِ الجَنِينُ بِتَمَامِهِ، فقد نَصَّ في «المختصر» على وُجُوبِ الغُرَّةِ؛ لأن العِلْمَ قد حَصَلَ بوجود الجَنِينِ، والغالب على الظَّنِّ أن يَدَهُ بَانَتْ بالجِنَايَةِ.

قال في «التتمة»: وعلى الوجه الذي مَرَّ أنه يعتبر الانْفِصَالُ التَّامُّ لا تجب الغُرَّةُ، ولكن يجب نِصْفُهَا؛ لأن ضَمَانَ الجناية على[2] الجملة.

وفي إِيرَادِ غيره ما يُشْعِرُ بأن الخِلاَفَ لا يَجِيءُ في هذه الصُّورَةِ، وإنما الخِلاَفُ

---

(١) لم يرجح شيئاً، والراجح ما قاله البغوي فقد ذكره الماوردي وادعى فيه الإجماع وما قاله القاضي أبو الطيب جزم به الروياني في البحر.

(٢) في ز: اليد نصف ضمان.

فيما[1] إذا ظَهَرَ شَيْءٌ من الجَنِينِ من غير أن يُفَارِقَ الأُمَّ، وههنا وإن لم يَنْفَصِلِ الجَنِينُ بِتَمَامِهِ، ولكن وجد الانْفِصَالُ التَّامُّ في ذلك العُضْوِ، ولو أَلْقَتْ يَدَيْنِ أو رِجْلَيْنِ، أو رِجْلاً وَيَداً، فلا خِلاَفَ في وجوب تَمَامِ الغُرَّةِ، ولو أَلْقَتْ من الأيدي والأرجل ثَلاَثاً أو أَرْبَعاً لم يجب إلا غُرَّةٌ وَاحِدَةٌ؛ لأنه لا يَتيقّن[2] وجود جنينين[3]، ويُتَصَوَّرُ كَوْنُهَا لجنين وَاحِدٍ بعضها أصلية[4]، وبعضها زَائِدَةٌ ولو أَلْقَتْ رَأْسَيْنِ فكذلك.

ويروى أن الشَّافِعِيَّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أخبر بامرأة وَلَدَتْ وَلَداً له رَأْسَانِ، وكان إذا بَكَى بَكَى بهما، وإذا سَكَنَ سَكَنَ بهما. وفي [شرح][5] مختصر الجويني وجه عن صاحب «التقريب» أنه يَجِبُ في إِلْقَاءِ الرَّأسَيْنِ والأيدي غُرَّتَانِ اعْتِبَاراً بالظَّاهِرِ، وإن أَلْقَتْ بَدَنَيْنِ وجبت غُرَّتَانِ؛ لأن الشَّخْصَ الواحد لا يكون له بَدَنَانِ بِحَالٍ.

هكذا أَوْرَدَ صاحب الكتاب وشَيْخُهُ، وصاحب «التهذيب» وغيرهم.

وحكى الروياني عن نَصِّ الشافعي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - خِلاَفَهُ، وجوز أن يكون لرأس بَدَنَانِ، كما جوز أن يكون لِبَدَنٍ رَأْسَانِ.

ولو ألقت بالجناية عُضْواً من يَدٍ أو رِجْلٍ، ثم أَلْقَتْ جَنِيناً، فله حَالَتَانِ:

إحداهما: أن يكون الجَنِينُ فقد[6] ذلك العضو، فينظر إن أَلْقَتْهُ قبل الانْدِمَالِ وزوال أَلَمِ الضَّرْبِ، فإن كان مَيِّتاً لم يَجِبْ إلاَّ غُرَّةٌ وَاحِدَةٌ، ويقدر العُضْوُ مُبَاناً منه بِالجِنَايَةِ. وإن انْفَصَلَ حَيّاً، ثم مات من الجِنَايَةِ؛ وَجَبَتْ دِيَةٌ كاملة، ويدخل فيها أَرْشُ اليَدِ، وإن عاش فقد أطلق في «التهذيب» أنه يَجِبُ نِصْفُ الدية على عَاقِلَةِ الضَّارِبِ.

ونقل ابن الصَّبَّاغِ وغيره أنه يراجع القَوابل، فإن قلن: إنها يدٌ من لم تخلق فيه الحَيَاةُ، فالوَاجِبُ نِصْفُ الغُرَّةِ.

وإن قلن: إنها يَدُمَنَ خُلِقَتْ فيه الحَيَاةُ، فيجب نِصْفُ الدِّيَةِ.

وكذا إن عرفنا انْفِصَالَ اليَدِ منه بعد خَلْقِ الحَيَاةِ فيه بأن أَلْقَتِ اليَدَ، ثم انْفَصَلَ الجنين عَقِيبَ الضَّرْبِ، وإن شككنا في الحال اقْتَصَرْنَا على نصف الغُرَّةِ أَخْذاً باليقين، وليكن المُطْلَقُ مَحْمُولاً على هذا المفصل[7].

وفرق بين هذه الصُّورَةِ، وبين ما إذا انْفَصَلَ الجَنِينُ مَيِّتاً، لا يراجع القَوَابل، هل كان حَيّاً؛ لأن هناك لم تثبت له الحَيَاةُ، بعد الانْفِصَالِ، فلم يعتبر ما كان في البَطْنِ،

---

(١) في ز: فما.
(٢) في ز: يعين.
(٣) في أ: جنين.
(٤) في ز: أصلها.
(٥) سقط في ز.
(٦) في أ: فقيد.
(٧) في ز: الفصيل.

وههنا انْفَصَلَ حَيّاً، فينظر[1] في أن اليَدَ انْفَصَلَتْ وهو حَيٌّ أم لا، وإن أَلْقَتْهُ بعد الانْدِمَالِ لم يضمن الجَنِينَ حَيّاً كان أو مَيّتاً؛ لِزَوَالِ الألَم الحاصل بفعله. وأما اليَدُ، فإن خرج مَيّتاً، فعليه نِصْفُ الغُرَّةِ لليد، وإن خَرَجَ حَيّاً، ومات أو عاش، فمنهم من يُطْلِقُ القَوْلَ بوُجُوبِ نِصْفِ الدية، كما لو قطع يد إنسان، فَانْدَمَلَ، ثم مات.

ومنهم من قال: يراجع القَوَابل [على ما سبق][2][3]، ولو ضرب بَطْنَهَا، فألقت يَداً، ثم ضَرَبَهَا آخر، فألقت جَنِيناً لا يَدَ له، فإن ضرب الثاني قبل الانْدِمَالِ، وانفصل الجَنِينُ مَيّتاً، فالغُرَّةُ عليهما معاً، وإن انْفَصَلَ حياً، فإن عاش، فعلى الأول نِصْفُ الدِّيَةِ، وليس على الثاني إلا التعزير.

وإن مات، فعليهما الدِّيَةُ، وإن ضرب الثَّاني بعد الانْدِمَالِ، وإن[4] انفصل ميتاً، فعلى الأول نصف الغُرَّةِ، وعلى الثاني غرة[5] كاملة، كما لو قَطَعَ يد إنسان فاندمل، ثم قَتَلَهُ آخر يجب على الأول نِصْفُ الدِّيَةِ، وعلى الثاني دِيَةٌ كَامِلَةٌ.

وإن خرج حَيّاً، فعلى الأول نِصْفُ الدية، ثم إن عاش، فليس على الثاني إلا التَّعْزِيرُ، وإن مات، فعليه دِيَةٌ كاملة.

الحالة الثانية: إذا انْفَصَلَ الجنين كَامِلَ الأَطْرَافِ، نُظِرَ إن انفصل قبل الانْدِمَالِ، فقضية ما ذكر فيما إذا أَلْقَتْ من الأيدي ثَلَاثاً، أو أربعاً بأن يقال: إن انْفَصَلَ مَيّتاً لم يَجِبْ إلا غُرَّةٌ واحدة؛ لاحتمال أن التي أَلْقَتْهُ كانت يَداً زَائِدَةً لهذا الجنين، وانْمَحَقَ أَثَرُهَا، وإن انْفَصَلَ حَيّاً ومات، فالواجب دية، وإن عاش لم يَجِبْ إلا حُكُومَةٌ، وعلى هذه القضية جَرَىٰ صاحب الكتاب ههنا، وفي «الوسيط» والمذكور في «التهذيب» و«التتمة» أنه إذا انفصل مَيّتاً وَجَبَتْ غُرَّتَانِ:

إحداهما: لليد، والأُخْرَىٰ للجنين. وإن خرج حياً، ومات، وَجَبَتْ دية وغرة.

ولو أَلْقَتْ أولاً جَنِيناً كاملاً ثم يَداً، فالحُكْمُ كذلك، وإن انْفَصَلَ الجنين بعد الانْدِمَالِ، لم يلزم بسبب الجَنِينِ شَيْءٌ.

ولو ضربها ضَارِبٌ، فألقت اليَدَ، ثم ضربها آخر، فَأَلْقَتْ الجَنِينَ، ففي «التهذيب» أن ضَمَانَ الجَنِينِ على الثاني، سَوَاء كان ضرب الثاني بعد انْدِمَالِ الأول، أو قبله، فإن خرج مَيّتاً وَجَبَتْ غُرَّةٌ، وإن خرج حَيّاً، فمات، فدية.

---

(١) في ز: منظر.

(٢) سقط في ز.

(٣) لم يذكر ترجيحاً وقضية ما فعل في الأول ترجيح القوابل فإن ابن الصباغ ومن ذكرنا جزم به وكذا الدارمي في الاستذكار.

(٤) في ز: فإن.

(٥) في ز: دية.

وقياس ما مَرَّ أن يقال: إن ضرب الثاني قبل الاندِمَالِ، وانفصل مَيِّتاً، وجبت الغُرَّةُ عليهما، وإن انْفَصَلَ حياً، وعاش، فعلى الأول حُكُومَةٌ، وليس على الثاني إلا التَّعْزِيرُ، وإن مات، فعليهما الدِّيَةُ.

وقوله في الكتاب: «ولو ألقت يَدَيْنِ، ثم خرج جَنِينٌ حَيٌّ بلا يَدَيْنِ، فدية كاملة لليدين» يعني إذا عَاشَ، فأما إذا خرج حَيّاً، ومات من الجِنَايَةِ، فالواجب دِيَةُ النفس، ويدخل فيها أَرْشُ اليَدَيْنِ، ثم القَوْلُ بوجوب الدِّيَةِ إذا عاش يُوَافِقُ ما أَطْلَقَهُ في «التهذيب» فيما إذا ألقت يَداً وَاحِدَةً.

وقياس ما ذَكَرَ ابْنُ الصَّبَّاغ وغيره أن يُرَاجَعَ القَوَابِلُ، فإن قُلْنَ: إنهما يَدَا مَنْ لم تُخْلَقْ فيه الحَيَاةُ، فالواجب الغُرَّةُ دون الدِّيَةِ.

وقوله: «وإن كان سَلِيمَ اليَدَيْنِ فَحُكُومَةٌ لهما» جَوَابٌ على الأَخْذِ بكون اليدين السَّاقِطَتَيْنِ يَدَيْنِ زَائِدَتَيْنِ لهذا الجَنِينِ.

وعلى قياس ما حَكَيْنَا في «التهذيب» و«التتمة» ينبغي أن تجب غُرَّةُ اليَدَيْنِ.

قال الغَزَالِيُّ: **الطَّرَفُ الثَّانِي فِي المُوجِبِ فِيهِ وَهُوَ الجَنِينُ الَّذِي بَدَا فِيهِ التَّخْطِيطُ وَلَوْ فِي طَرَفٍ مِنْ أَطْرَافِهِ وَإِذَا أَدْرَكَتِ القَوَابِلُ كَفَى ذَلِكَ، لاَ شَيْءَ فِي إِجْهَاضِ المُضْغَةِ وَالعَلَقَةِ قَبْلَ التَّخْطِيطِ عَلَى الأَصَحِّ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَقْصُودُ الفَصْلِ الكَلاَمُ في الجنين الذي تجب فيه الغُرَّةُ، وقد مَرَّ في باب العدَّةِ أن الغُرَّةَ تجب إذا أَسْقَطَتْ بالجِنَايَةِ ما ظَهَرَ فيه صُورَةُ الآدَمِيِّ من عين، أو يَدٍ، أو أصبعَ أو غيرهما، ويكفي الظُّهُورُ في طَرَفٍ من الأطراف، ولا يشترط أن يَظْهَرَ جميع الأَعْضَاءِ، ولو لم يظهر شَيْءٌ من ذلك، ولكن شهدت القَوَابِلُ بأن الصُّورَةَ فيه خَفِيَّةٌ [يَخْتَصُّ أهل الخبرة بمعرفتها، فكذلك في الغُرَّةِ. وإن قلنا: ليس فيه صُورَةٌ خَفِيَّةٌ][1] ولكنه أَصْلُ الآدَمِيِّ، ولو بقي لتصور، ففيه طُرُقٌ:

أظهرها: أنه لا يجب فيه الغُرَّةُ، وإن شَكَكْنَ في أنه أَصْلُ الآدَمِيِّ أم لا، لم تجب بلا خِلاَفٍ. هذه أَحْكَامُ الأَحْوَالِ، والشَّرْحُ قد تَقَدَّمَ.

وقوله: «الذي بَدَأَ فيه التَّخْطِيطُ»، قد يُفَسَّرُ[2] التَّخْطِيطُ بصورة الأَعْضَاءِ من اليد والأصبع وغيرهما. وقد يُفَسَّرُ بالشكل والتَّقْطِيعِ الكُلِّيِّ قبل أن تُمَيَّزَ آحَادُ الأَعْضَاءِ وهَيْئَاتُهَا، وهو الأكثر.

---

(١) سقط في ز. (٢) في أ: يتبين.

وأراد بقوله: «بَدَأَ فيه التَّخطِيطُ» ما إذا ظَهَرَ ذلك لِكُلِّ أَحَدٍ، وبقوله: «وإذا أَدْرَكَتِ القَوَابِلُ» ما إذا ظَهَرَ لأهل الخِبْرَةِ دون جَمِيعِ الناظرين وقوله: «ولا شَيْءَ في إِجْهَاضِ المُضْغَةِ والعَلَقَةِ قبل التَّخْطِيطِ على الأَصَحِّ» أي: قبل ظهور الصُّورَةِ لِأَهْلِ الخِبْرَةِ وغيرهم، ولفظ الكتاب يَقْتَضِي إِثْبَاتَ الخِلَافِ في العَلَقَةِ، والجمهور سَكَتُوا عنه، وقالوا: لا يجب في إِلْقَاءِ المُضْغَةِ الغُرَّةُ، ولا تَنْقَضِي به العِدَّةُ، وإنما اختلاف الطرق[1] في اللَّحْمِ، والله أعلم.

قال الغَزَالِيُّ: **ثُمَّ فِي الجَنِينِ الحُرِّ المُسْلِم غُرَّةٌ، وَفِي الجَنِينِ الكَافِرِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ: (أَحَدُهَا): غُرَّةٌ وَلَا يُبَالِي بِالتَّسْوِيَةِ (وَالثَّانِي): ثُلُثُ الغُرَّةِ (وَالثَّالِثُ): لَا يَجِبُ شَيْءٌ، فَإِنْ قُلْنَا بِالثُّلُثِ فَالمُتَوَلِّدُ مِنْ نَصْرَانِيٍّ وَمَجُوسِيٍّ قِيلَ: إِنَّهُ يُؤْخَذُ بِالأَخَفِّ، وَقِيلَ بِالأَغْلَظِ، وَقِيلَ: العِبْرَةُ بِجَانِبِ الأَبِ، وَلَوْ جَنَىٰ عَلَى ذِمِّيَّةٍ فَأَسْلَمَتْ ثُمَّ أَجْهَضَتْ فَغُرَّةٌ كَامِلَةٌ نَظَراً إِلَى حَالِ الانْفِصَالِ، وَلَوْ جَنَىٰ عَلَى حَرْبِيَّةٍ فَأَسْلَمَتْ ثُمَّ أَجْهَضَتْ فَفِي ضَمَانِ الجَنِينِ وَجْهَانِ كَمَا لَوْ رَمَى إِلَى حَرْبِيٍّ فَأَسْلَمَ قَبْلَ الإِصَابَةِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الغُرَّةُ الكَامِلَةُ إنما تَجِبُ في الجنين المَحْكُوم له بالإسلام، إِمَّا تَبَعاً لِأَبَوَيْهِ أو لأحدهما، وبالحُرِّيَّةِ إذا كانت الأم حُرَّةً، وقد يكون الولَد حُرّاً مع رِقِّ الأُمِّ في نِكَاحِ الغُرُورِ وغيره، أما الجَنِينُ المَحْكُومُ له باليهودية أو النَّصْرَانِيَّةِ تبعاً لأبويه[2]، فقد أطلقَ فيه ثلاثة أَوْجُهٍ:

أحدها: أنه تجب غُرَّةٌ، ولا نُبَالِي بالتَّسْوِيَةِ بينه وبين الجَنِينِ المسلم؛ لأنه لا سَبِيلَ إلى الإِهْدَارِ، ولا إلى تَجْزِئَةِ الغُرَّةِ، وقد يحتج له بِظَاهِرِ ما روي أنه ﷺ قضى في الجَنِينِ بالغُرَّةِ[3].

وثانيها: أنه لا يَجِبُ شَيْءٌ؛ لأنه لا يمكن التَّسْوِيَةُ بينه وبين الجَنِينِ المسلم، كما لا يُسَوَّىٰ بين المُسْلِم والكَافِرِ في الدِّيَةِ، والتَّجْزِئَةُ مُمْتَنِعَةٌ، وامتناع التَّجْزِئَةِ في الوجهين مَبْنِيٌّ على أن الغُرَّةَ غير مُقَدَّرَةٍ بالقيمة.

وأصحها: وهو مَبْنِيٌّ على أن الغُرَّةَ مُقَدَّرَةٌ أنه يَجِبُ في الجَنِينِ اليَهُودِيِّ والنصراني ثُلُثُ ما يجب في الجنين المُسْلِمِ، كما أن دِيَةَ اليَهُودِيِّ والنَّصْرَانِيِّ ثُلُثُ دية المُسْلِمِ، وهذا هو الذي أَوْرَدَهُ المُعْظَمُ، وسنذكر أَنَّ الغُرَّةَ الواجبة في الجَنِينِ المُسْلِمِ مُقَدَّرَةٌ بنصف عُشْرِ دِيَةِ الأَبِ، أو عشر دية الأم، وهو خَمْسٌ من الإِبِلِ أو خمسون دِينَاراً أو

(١) في ز: الاختلاف في الطرق.
(٢) في ز: لأبيه.
(٣) تقدم.

ستمائة دِرْهَم، فيكون في جَنِين اليَهُودِيِّ والنَّصْرَانِيِّ بَعِيرٌ وثلثا بعير، أو ستة عشر دِيناراً وثلثان، أو مَائتا درهم.

وعلى هذا ففي الجنين المَجُوسِيِّ ثُلُثُ عشر الواجب في الجنين المُسْلِم، وهو ثلث بَعِيرٍ أو ثلاثة دَنَانِيرَ وثلث، أو أَرْبَعُونَ دِرْهَماً، ثم عن بعضهم أنه يؤخذ هذَا القَدْرُ من الدِّيَةِ، ويدفع إلى المُسْتحقِّ من غير أن يصرف إلى الغُرَّةِ، وحَكَاهُ في «البيان» عن المَسْعُودِيِّ. وإيراد آخرين يُشْعِرُ بأنه يُدْفَعُ إليه هذا القَدْرُ، أو غُرَّةٌ بقيمة هذا القَدْرِ.

والأصح: أنه يشتري به الغُرَّة، وتُدْفَعُ إليه إلاَّ ألاَّ توجد غُرَّةٌ بهذه القيمة، فَيُعْدَلُ حينئذ إلى الإِبِلِ، أو الدراهم، وهذا ما يُحْكَىٰ عن النص، ولو كان أَحَدُ أَبَوَي الجَنِينِ يَهُودِيّاً أو نَصْرَانِياً، والآخَرُ مَجُوسِيّاً، فالظاهر المَنْسُوبُ إلى النَّصِّ أنه يَجِبُ فيه ما يَجِبُ في الجَنِينِ اليَهُودِيِّ والنصراني؛ لأنَّ الضَّمَانَ يغلب فيه طَرَفُ التَّغْلِيظِ، ألاَ تَرَى أنه إذا كان أَحَدُ أبوي الجنين[1] مُسْلِماً تَجِبُ فيه ما يَجِبُ إذا كان الأَبَوَانِ مُسْلِمَيْنِ، والمُتَوَلِّدُ الصَّيْدِ وغير الصيد يَضْمَنُهُ المُحْرِمُ بالجَزَاءِ.

وفيه قول مُخَرَّجٌ أن الاعْتِبَارَ بالأب. ووجه عن أبي الطَّيِّبِ بن سلمة أن الاعتبار بِشَرِّ[2] الأبوين؛ لأن الأَصْلَ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ عن الزِّيَادَةِ. والقول والوجه مَأْخُوذَانِ من الخِلاَفِ في أن المسلم هل يَنْكِحُ المُتَوَلِّدَةَ من أبوين كِتَابِيٍّ ومَجُوسِيٍّ؟

ولو كان أَحَدُ الأبوين ذِمِّيّاً، والآخر وَثَنِيّاً لا أَمَانَ له، فعلى الأَظْهَرِ يجب ما يَجِبُ في الذي أَبَوَاهُ ذِمِّيَّانِ، وعلى الثاني ينظر إلى جانب الأَبِ، وعلى الثالث لا يَجِبُ شَيْءٌ، والجنين المُتَوَلِّدُ من مستأمنين كجنين الذميين. ولو اشترك مسلم وذمي في وَطْءِ ذِمِّيَّةٍ بشبهة، فأُحْبِلَتْ وأَجْهَضَتِ الجَنِينَ بِجِنَايَةِ جَانٍ، يُرَى الجَنِينُ القَائِفَ، فإن أَلْحَقَهُ بالذمي، وَجَبَ ما يجب في جنين الذِّمِّيِّ، وإن أَلْحَقَهُ بالمسلم، وجبت الغُرَّةُ الكاملة، وإن أشكل الأَمْرُ أخذ الأَقَلُّ، ووقف إلى أن يَنْكَشِفَ الأَمْرُ أو يَصْطَلِحُوا.

قال في «البيان»: ولا يجوز أن يَصْطَلِحَ الذِّمِّيُّ والذمية في قَدْرِ الثلث منه؛ لجواز أن يكون الجميع للمسلم لا حَقَّ لهما فيه، ولا يخرج اسْتِحْقَاقه من بينهما[3].

والمسألة مُفَرَّعَةٌ على أن المَوْلُودَ يُعْرَضُ بعد الموت على القَائِفِ، وهو الصحيح، ولو جَنَى على مُرْتَدَّةٍ حُبْلَىٰ، فَأَجْهَضَتْ، نظر إن ارْتَدَّتْ بعد الحَبَلِ، وجبت الغُرَّةُ الكاملة؛ لأن الجنين مَحْكُومٌ له بالإسلام، لا يتبعها في الرِّدَّةِ.

---

(١) في ز: الأبوين.
(٢) في ز: بشراء.
(٣) في ز: شبههما.

وإن حَبِلَتْ بعد الارْتِدَادِ مُرْتَدٌّ، فيبنى على أن المُتَوَلِّدَ من المرتدين[١] مسلم أو كافر؟ إن قلنا: مُسْلِمٌ، وَجَبَتْ فيه الغُرَّةُ.

وإن قلنا: كافر، فهو كجنين الحَرْبِيِّينَ، لا يجب فيه شيء على الجَانِي.

هكذا ذكره الشَّيْخُ أبو عَلِيٍّ وغيره. وفي «التهذيب» أن من لم يجعل المَوْلُودَ بين المرتدين مسلماً أوجب[٢] فيه ما يَجِبُ في جنين المَجُوسِيَّةِ كان من يذهب إليه يثبت له حرمة؛ لبقاء عُلْقَةِ الإِسْلَامِ، فيوجب فيه أَخَسَّ[٣] ما يجب في الأَجِنَّةِ.

ثم في الفصل صورتان:

إحداهما: جَنَى على ذمية حُبْلَىٰ تحت ذِمِّيٍّ، فأسلمت، أو أَسْلَمَ الذمي، ثم أَجْهَضَتْ وجبت غُرَّةٌ كاملة؛ لأن الاعْتِبَارَ في قَدْرِ الضَّمَانِ بالمال، ولذلك قلنا بوجوب الدِّيَةِ الكاملة إذا جَرَحَ ذمياً، فَأَسْلَمَ ثم مات، وكذا الحُكْمُ إذا جَنَى على أَمَةٍ حُبْلَىٰ، فَعُتِقَتْ، ثم ماتت. وما الذي يَسْتَحِقُّهُ من ذلك؟ فيه وجهان أو قولان:

المشهور منهما: أن المستحق له الأَقَلُّ من عُشْرِ قيمة الأَمَةِ، ومن الغُرَّةِ؛ لأنه إن كانت الغرة أَقَلَّ، فلا وَاجِبَ غيرها، وإن كان العشر أقل[٤]، فهو المستحق للسيد، وما زاد زاد بالحُرِّيَّةِ.

والثاني ـ وبه قال أبو الطيب[٥]، ويُحْكَىٰ عن القَفَّالِ أيضاً ـ أنه لا يستحق السيد بحكم المِلْكِ شيئاً؛ لأن الإِجْهَاضَ حَصَلَ في حال الحرية، وما يجب إنما يجب بالإِجْهَاضِ فَأَشْبَهَ ما إذا حَضَرَ بِئْراً فَتَرَدَّىٰ فيها حُرٌّ كان رقيقاً عند الحَفْرِ، لا يستحق السيد من الضمان شيئاً.

الثانية[٦]: إذا جَنَى على حَرْبِيَّةٍ، فأسلمت ثم أَجْهَضَتْ، هل يجب الضَّمَانُ فيه وجهان:

أحدهما ـ وبه قال ابن الحَدَّادِ ـ: لا يجب شيء؛ لأنه لم يكن مَعْصُوماً في الابتداء.

والثاني: يجب غُرَّةٌ كاملة؛ اعْتِبَاراً بحالة الإِجْهَاضِ، فإن الجِنَايَةَ حينئذ تَتَحَقَّقُ[٧].

---

(١) في ز: المرتد من.

(٢) في ز: أوجد.

(٣) في ز: أحسن.

(٤) في ز: الأقل.

(٥) واعلم أن القاضي أبا الطيب نقل ذلك عن نص الشافعي فقال بعد أن حكى عن الأصحاب اعتبار الأقل: وهذا لا يصح عندي لأن الشافعي نص على أن المولى لا يستحق شيئاً من الغرة.

(٦) في ز: الثالثة.

(٧) قال النووي: قال البغوي: يجري الوجهان فيما لو جنى السيد على أمته الحامل من غيره، فعتقت، ثم ألقت الجنين.

وشَبَّهَ في الكتاب الوَجْهَيْنِ بالوجهين فيما إذا رَمَى إلى حَرْبِيٍّ، فَأَسْلَمَ قبل الإِصَابَةِ، لكن الأَصَحَّ هناك وُجُوبُ الضَّمَانِ، ويشبه أن يكون الوَجْهَانِ ههنا كالوجهين فيما لو جَرَحَ حَرْبِيّاً، فَأَسْلَمَ قبل الإِصَابَةِ حتى يكون الأَظْهَرُ نَفْيَ الضَّمَانِ؛ لأن الجِنَايَةَ قد تَحَقَّقَتْ ههنا، وأَثَّرَتْ فيها، وفي الجنين، كما أن الجِرَاحَةَ أَثَّرَتْ هناك، والرَّمْيُ لا يؤثر في البَدَنِ، حتى يصيب السهم، فالتشبيه[1] بصورة الجراحة أَفْصَحُ وأَوْلَىٰ من التشبيه بصورة الرَّمْيِ.

وقوله في الكتاب ـ: «ثم في الجنين الحُرِّ المسلم غرة».

لو قال: «ثم الغرة في الجنين الحر المسلم» كان أَلْيَقَ بمقصود الفَصْلِ؛ لأنه قد سبق ذِكْرُ الغُرَّةِ، وما يوجبها.

والغَرَضُ الآن بَيَانُ أنها تجب في الحُرِّ المسلم، والتَّدَرُّجُ منه إلى بيان ما يجب في الكافر والرَّقِيقِ.

وقوله: «والثاني: ثُلُثُ الغرة».

الذي يَتَبَادَرُ إلى الفِهْمِ منه وجوب جُزْءٍ من الغُرَّةِ، وهذا لم يذكره أَحَدٌ، وإنما هو مَحْمُولٌ على إِيجَابِ غُرَّةٍ، قيمتها ثُلُثُ الغُرَّةِ الكاملة على ما بَيَّنَّاهُ.

وقوله: «ففي ضَمَانِ الجنين وجهان» يعني: أَصْلَ الضمان.

قال الغَزَالِيُّ: **أَمَّا الجَنِينُ الرَّقِيقُ فَفِيهِ عُشْرُ قِيمَةِ الأُمِّ، وَيُعْتَبَرَ القِيمَةُ عَلَى الصَّحِيحِ يَوْمَ الجِنَايَةِ، لاَ يَوْمَ الإِجْهَاضِ أَخذاً بِالأَغْلَظِ، فَلَوْ كَانَ الجَنِينُ سَلِيماً، وَالأُمُّ مَقْطُوعَةَ الأَطْرَافِ قُدِّرَتْ سَلِيمَةَ الأَطْرَافِ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَينِ، كَمَا يُقَدَّرُ إِسْلاَمُهَا وَحُرِّيَّتُهَا إِذَا كَانَ الجَنِينُ كَذَلِكَ، وَلَوْ كَانَ الجَنِينُ مَقْطُوعِ الأَطْرَافِ، فَلاَ تُقَدَّرُ الأُمُّ مَقْطُوعَةً عَلَى الصَّحِيحِ، إِذْ ذَاكَ فِي الجَنِينِ مِنْ أَثَرِ الجِنَايَةِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يجب في الجَنِينِ الرَّقِيقِ عُشْرُ قيمة الأُمِّ، ذَكَراً كان، أو أُنْثَى، أو أَشْكَلَ[2] حَالُهُ في الذكورة والأُنوثَةِ، يستوي في ذلك ما إذا كانت [الأم][3] قِنَّةً، أو مُدَبَّرَةً، أو مُكَاتَبَةً، أو مُسْتَوْلَدَةً.

وعند أبي حَنِيفَةَ: يعتبر ضَمَانُ الجَنِينِ بنفسه، فإن كان ذَكَراً، ففيه نصف عشر قيمته لو كان حَيّاً، وإن كان أُنْثَى، فعشر قِيمَتِهَا لو كانت حَيَّةً.

---

(١) في ز: والتشبيه.
(٢) في ز: أشكلت.
(٣) سقط في ز.

ومَأْخَذُ الخِلَافِ الخِلَافُ في أن الغُرَّةَ الواجبة في الجنين الحُرِّ؛ ثم تعتبر؟ وهي مُقَدَّرَةٌ بخمس من الإِبل عنده؟

وعلى الأصح من أصلنا على ما سيأتي، فعندنا هي مُعْتَبَرَةٌ بِبَدَلِ الأبوين، وهي نِصْفُ عشر دية الأب، وعِشْر دية الأم، فيجب في الرَّقِيقِ عُشْرُ قيمة الأُمِّ.

وعنده هي معتبرة بِبَدَلِ الجنين في نَفْسِهِ بعد انْفِصَالِهِ، وهي نِصْفُ عشر ديته، إن كان ذَكَراً، وعشرها إن كان أُنْثى، فيجب في الرقيق نِصْفُ العشر، أو العشر من القيمة.

قال الأصحاب ـ رحمهم الله ـ: والاعْتِبَارُ بالأَبَوَيْنِ أَوْلَى الوجهين:

أحدهما: أن الجنين قد يَخْرُجُ مُتَقَطِّعاً، ولا يُعْرَفُ حاله في الذكورة والأنوثة، وأيضاً فالتَّقْوِيمُ مَبْنِيٌّ على الهَيْئَاتِ، والصفات الحاصلة في الحَيَاةِ، والكلام في الجنين الذي انْفَصَلَ مَيِّتاً، فكيف يُقَوَّمُ والأم[1] ينظر؟

والثاني: أن ما يعتبر ضَمَانُهُ بنفسه، يعتبر كُلُّهُ لا بَعْضُهُ.

واحْتَجُّوا أيضاً بأن الجنين الحُرَّ يَسْتَوِي في ضمانه الذَّكَرُ والأنثى، فكذلك الرقيق.

واعْتَذَرُوا عما يقال: إن ما ذَكَرْتُمُوهُ قد يُؤَدِّي إلى تَفْضِيلِ المَيِّتِ على الحَيِّ، فإنه لو انفصل حَيّاً، وماتت، تجب قِيمَتُهُ في نفسه، بلا خلاف، وقيمته حينئذ قد لا يَزِيدُ على دِينَارٍ، وعشر قيمة الأُمِّ يبلغ مائة، فكيف نوجب ديناراً، لو انفصل حَيّاً ومات، ومائة [دينار][2] لو انْفَصَلَ ميتاً؟

فإنه إذا انْفَصَلَ حياً ثَبَتَ اسْتِقْلَالُهُ، فَيُعْتَبَرُ بنفسه، وإذا انْفَصَلَ ميتاً، لم يثبت له اسْتِقْلَالٌ، فيسلك[3] به مَسْلَكَ الأَعْضَاءِ.

ولو أَلْقَتْ جنيناً ميتاً، فَعُتِقَتْ، ثم ألقت آخر [حَيّاً]، فالوَاجِبُ في الأول عشر قيمة الأم، وفي الثاني الغُرَّةُ، والاعْتِبَارُ بقيمة يوم الجِنَايَةِ، أو الإجهاض؟ فيه وجهان:

أصحهما ـ وهو المنصوص[4] ـ أنه يعتبر قيمته يوم الجِنَايَةِ، وبه قال ابْنُ سُرَيْجٍ، وأَبُو إِسْحَاقَ؛ لأنه وَقْتُ الوجوب، ولأنه الأَغْلَظُ، فأشبه ما إذا قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ، وتوالت[5] الآلَامُ إلى أن سَرَىٰ القَطْعُ إلى النَّفْسِ، تعتبر قيمته[6] يوم القَطْعِ، وإنما يُعْتَبَرُ يوم الجناية؛ لأن القيمة يَوْمَئِذٍ أَكْمَلُ غالباً، فإن فرضت زيادة القيمة مع تَوَاصُلِ الآلَامِ،

---

(١) في ز: والأم تنتظر. (٢) سقط في ز.
(٣) في ز: فسلك.
(٤) شوحح الشيخ في عزو ما صححه إلى النص والنص في الأم والمختصر اعتبار قيمة يوم الجناية.
(٥) في ز: وتوالى. (٦) في ز: قيمة.

اعتبرنا تلك الزيادة. وحَقِيقَةُ هذا الوَجْهِ النَّظَرُ إلى أَقْصَى القِيَمِ.

والثاني ـ وبه قال المُزَنِيُّ والإِصْطَخْرِيُّ ـ: أنه تُعْتَبَرُ قِيمَةُ يوم الإِجْهَاض؛ لأنه وقت اسْتِقْرَارِ الجِنَايَةِ، وكذلك نقول: لو جَنَىٰ على أمة فأعتقت[1] ثم أَجْهَضَتْ تجب الغُرَّةُ، وتصرف إلى الوَرَثَةِ.

وإذا كان الجنين سَلِيماً، والأُمُّ مَقْطُوعَةُ الأَطْرَافِ، ففيه وجهان:

أصحهما: أنه يُقَدَّرُ فيها السَّلاَمَةُ، وتُقَوَّمُ كَامِلَةَ الأَطْرَافِ، كما أنه إذا كانت الأم كَافِرَةً، والجنين مُسْلِماً يُقَدَّرُ فيها الإِسْلاَمُ، وتقوم مُسْلِمَةً، وإذا كان الجَنِينُ رَقِيقاً، وهي حُرَّةٌ مثل إن كانت الأُمُّ لواحد، والجنين لِآخر، فَأَعْتَقَ صَاحِبُ الأم الأُمَّ، وبَقِيَ الجَنِينُ رَقِيقاً لصاحبه تُقَدَّرُ الأم رقيقة، ويجب في الجنين عُشْرُ قيمتها.

والثاني: أنه لا يقدر فيها السَّلاَمَةُ؛ لأن نُقْصَانَ الأَعْضَاءِ أَمْرٌ خِلْقِيٌّ، وفي تقدير خِلاَفِهِ بعد، بخلاف صِفَةِ الإِسْلاَم وغيره.

ولو كان الجَنِينُ مَقْطُوعَ الأَطْرَافِ، والأم سَلِيمَةٌ، فهل تُقَدَّرُ هي مَقْطُوعَةً أيضاً؟

فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كالتقدير في سَائِرِ المسائل المذكورة.

وأَصَحُّهُمَا: المَنْعُ؛ لأن نُقْصَانَ الجنين قد يكون من أَثَرِ الجِنَايَةِ، واللائق الاحْتِيَاطُ، والتَّغْلِيظُ على الجاني دون التخفيف.

وقوله في الكتاب: «كما يقدر إِسْلاَمُهَا وحريتها، إذا كان الجنين كذلك تقدير الإِسْلاَمِ إذا كان الجنين مُسْلِماً، وهي كافرة[2] قد ذكرناه فأما إذا كان الجَنِينُ حُرّاً، وهي رَقِيقَةٌ، كما إذا وَطِىءَ أَمَةَ الغير بالشُّبْهَةِ، فَأَوْلَدَهَا، فالواجب الغُرَّةُ، والغُرَّةُ مُسْتَغْنِيَةٌ عن تقدير الحرية فيها، وكان المقصود أن الغُرَّة التي تَجِبُ تَتَقَدَّرُ بخمس من الإِبِلِ التي هي عُشْرِ ديتها، لو كانت حُرَّةً، [والله أعلم].

«فُرُوع»

من مولدات ابن الحَدَّادِ وغيرها.

منها: الجارِيَةُ المشتركة بين اثنين بالسَّوِيَّةِ، إذا حَبِلَتْ من زَوْجٍ، أو زِناً، وجَنَى عليها جَانٍ، فألقت الجَنِينَ مَيِّتاً، فعليه عُشْرُ قيمة الأُمِّ للسيدين لأن الوَلد مشترك بينهما كالأم.

---

(١) في ز: فعتقت.

(٢) في أ: كاملة.

ولو جَنَى عليها أَحَدُ الشريكين، فَأَلْقَتْ جَنِيناً مَيْتاً، فعليه نِصْفُ عشر قيمة الأم للآخر، ويُهْدَرُ نَصِيبُهُ، ولو أنه أَعْتَقَهَا بعد ما جَنَى، ثم ألقت جنيناً، نظر: إن كان مُعْسِراً، ووقف العتق على نصيبه من الأُمِّ والجنين، فعليه نِصْفُ عُشْرِ قيمة الأم لشريكه، وهل يَلْزَمُهُ نِصْفُ الغُرَّةِ للنصف الحر؟

فيه وجهان:

قال ابْنُ الحَدَّادِ: لا؛ لأن وَقْتَ الجِنَايَةِ كان مِلْكاً له، وجِنَايَةُ الإنسان على مِلْكِهِ لا تُوجِبُ ضَمَاناً. وقال آخرون: نعم، وحكوه عن نَصِّهِ في «الأم»؛ لأن الجِنَايَةَ على الجنين إنما تَتَحَقَّقُ عند الإِلْقَاءِ، وهو حُرٌّ حينئذ. والخِلاَفُ مَبْنِيٌّ على طريقين ذِكْراً في أن المُوجِبَ لِلضَّمَانِ هو الضرب، أو الإِجْهَاضُ:

أحدهما: أن المُوجِبَ الضَّرْبُ؛ لأنه يُؤَثِّرُ في الجَنِينِ، أَلاَ تَرَى أنه يُرَى أَثَرُهُ عليه عند الإِجْهَاضِ، والانْفِصَالُ هو نهاية الجِنَايَةِ؟ فكان الضَّرْبُ كَقَطْعِ اليَدِ نحوه، والإِجْهَاضُ كالسِّرَايَةِ.

والثاني: أن المُوجِبَ الإِجْهَاضُ؛ لأن الرَّحِمَ مَحِلُّ نَشْءِ الطِّفْلِ وتَرْبِيته، وسبب الهَلاَكِ مُفَارَقَتُهُ دون الضَّرْبِ، لكن الضرب لما فيه من الإِيلاَمِ يفضي إلى المُفَارَقَةِ، فيكون الاعْتِبَارُ بوقت المُفَارَقَةِ، وهذا كَحَفْرِ البئر في الطريق مع التَّرَدِّي، فإن الحَفْرَ سَبَبُ مُفَارَقَةِ موضع السَّلاَمَةِ، والتَّرَدِّي هو المُوجِبُ لِلْهِلاَكِ، فكان الاعْتِبَارُ بوقت التَّرَدِّي. فإن قلنا: الموجب الضَّرْبُ، فهو مَمْلوكٌ له حينئذ.

وإن قلنا: المُوجِبُ الإِجْهَاضُ، فيجب. واعلم أن كَلاَمُ أكثر الناقلين للمسألة يَمِيلُ إلى وجوب نِصْفِ الغُرَّةِ، كما حكى عن النص، وهو النص الذي نَقَلْنَاهُ عن «عُيُونِ المسائل» في فصل تَغَيُّرِ الحال بين الجُرْحِ والمَوْتِ.

والأَوْلَى بالتَّرجِيح ما رَجَّحَهُ الشيخ أبو عَلِيٍّ وجماعة[1]، وهو أنه لا يَجِبُ نِصْفُ الغُرَّةِ، وأن المُوجِبَ الضَّرْبُ، لِتَأْثِيرِهِ في الجَنِينِ، كتأثير القَطْعِ في البَدَنِ، بخلاف الحَفْرِ الذي لا يُؤَثِّرُ في البَدَنِ.

وإذا قيل بِوُجُوبِ نِصْفِ الغُرَّةِ، فلمن يكون ذلك؟

يبني على الخِلاَفِ في أن من بعضه حُرٌّ، وبعضه رَقِيقٌ، هل يورث؟[2]

إن قلنا: نعم، فهو لِوَرَثَتِهِ، ولا تَرِثُ الأُمُّ منه شيئاً؛ لأن بَعْضَهَا رَقِيقٌ، ولا السيد؛ لأنه قَاتِلٌ.

---

(١) في ز: في سماعه.

(٢) في ز: يرث.

وإن قلنا: لا، فهو لمالك النِّصْفِ، أو لبيت المَالِ؟ فيه خلاف.

وإلى الثاني ذهب الإِصْطَخْرِيُّ.

هذا إذا كان المُعْتِقُ مُعْسِراً، فإن كان مُوسِراً، فإن قلنا: السِّرَايَةُ[١] تَحْصُلُ بنفس الإِعْتَاقِ، أو قلنا: تَحْصُلُ بأداء القيمة، وأداؤها[٢] قبل الإِجْهَاضِ، فعلى الجاني الغُرَّةُ، وتصرف إلى وَرَثَتِهِ. وإن قلنا: تَحْصُلُ بأداء القِيمَةِ، ولم يُؤَدِّهَا حتى أَجْهَضَتْ، فالحكم كما ذَكَرْنَا فيما إذا كان مُعْسِراً.

فإن قلنا: إن العِتْقَ مَوْقُوفٌ، فإن أَدَّى القِيمَةَ تبين حُصُولُ العتق من وقت اللفظ، فيكون الحُكْمُ على ما إذا فَرَّعْنَا على أن السِّرَايَةَ تحصل بنفس اللَّفْظِ، وإن لم يُؤَدِّ، فكما ذَكَرْنَا فيما إذا كان المُعْتِقُ مُعْسِراً ولو كانت الصُّورَةُ بحالها لكن أعتق أحدهما نَصِيبَهُ، ثم جَنَى عليها، فألقت جَنِيناً ميتاً.

فأما إن جَنَى عليها المُعْتِقُ، أو الشَّرِيكُ الآخَرُ، أو غيرهما، وإن جَنَى عليها المُعْتِقُ، نظر إن كان مُعْسِراً بَقِيَ نَصِيبُ الشَّرِيكِ مِلْكاً له، فعليه للشَّرِيكِ نِصْفُ عشر قيمة الأُمِّ، وعليه النصف الذي عتق نِصْفُ الغُرَّةِ بلا خلاف، ولمن يكون ذلك؟

ينبني على الخِلاَفِ في أن من بَعْضُهُ حُرٌّ، وبعضه رقيق، هل يورث كما مَرَّ؟ وإن كان مُوسِراً، فإن قلنا: إن السِّرَايَةَ تَحْصُلُ بأَدَاءِ القِيمَةِ أو قلنا بالتوقف وأَدَّى القيمة، فَيُغَرَّمُ المُعْتِقُ لشريكه نِصْفَ قيمة الأَمَةِ حَامِلاً، ولا يفرد الجنين بالقيمة، بل يَتْبَعُ الأُمَّ في التَّقْوِيم، كما يَتْبَعُهَا في البَيْعِ، ويلزمه بالجناية الغُرَّةُ، لأن الجَنِينَ حُرٌّ، وتورَّث الأُمُّ منها؛ لأَنها حُرَّةٌ، والباقي بعد نصيبها لِلْعَصَبَةِ، ولا شَيْءَ للمعتق؛ لأنه قَاتِلٌ.

وإن جَنَى الشَّرِيكُ الآخَرُ، فإن كان المُعْتِقُ مُعْسِراً، فَنِصْفُ الجنين مَمْلُوكٌ للجاني، ونِصْفُهُ حُرٌّ، وإِتْلاَفُهُ مِلْكَهُ مُهْدَرٌ، ويجب نِصْفُ غُرَّةٍ للنصف الحر.

ويعود الخِلاَفُ في أنه لمن يَكُونُ؟

فإن قلنا: مَنْ بَعْضُهُ رَقِيقٌ يُورَثُ، فالغُرَّةُ لِعَصَبَتِهِ، ولا شَيْءَ للأم؛ لأنَّ بعضها رَقِيقٌ، فإن لم يكن له عَصَبَةٌ من الأَقَارِبِ، فهي لِلْمُعْتِقِ.

وإذا قلنا: لا يُورَثُ، فيكون لمالك البَعْضِ الآخَرِ، فلا يَجِبُ ههنا شَيْءٌ؛ لأنه لو ثَبَتَ لثَبَتَ له، فإنه إنما يَأْخُذُ بحق المِلْكِ بالميراث، فلا يصير القَتْلُ مَانِعاً.

وإن كان المُعْتِقُ مُوسِراً، فإن قلنا: لا تَحْصُلُ السِّرَايَةُ إلا بأَدَاءِ القيمة، أو قلنا: بالتَّوَقُّفِ، ولم تزد القِيمَةُ، فالحكم كما إذا كان مُعْسِراً وإن قلنا: يُعْتَقُ باللفظ، أو قلنا:

---

(١) في ز: البراءة.

(٢) في ز: وأداها.

بالتَّوَقُّفُ وأداء[1] القيمة، فللجاني على المُعْتِقِ نِصْفُ قيمتها حَامِلاً، وعلى الجاني الغُرَّةُ، وتَرِثُهَا الأم والعَصَبَةُ. وإن كان الجاني أَجْنَبِيّاً، فإن كان المُعْتِقُ مُعْسِراً، فقد أَتْلَفَ الأَجْنَبِيُّ جَنِيناً نِصْفُهُ حُرٌّ، ونصفه رقيق، فعليه نِصْفُ غرة، ونصف عشر قيمة الأم.

وإن كان المعتق مُوسِراً، وعتقَ كُلّه، فقد أَتْلَفَ الأجنبي جنيناً حُرّاً، وحُكْمُهُ بَيِّنٌ.

ولو كانت الجَارِيَةُ كما وَصَفْنَا، وجَنَى عليها الشَّرِيكَانِ معاً، فَأَجْهَضَتْ، فعلى كل وَاحِدٍ منهما للآخر رُبُعُ عُشْرِ قيمة الأم.

لأن كل واحد منهما جَنَى على مِلْكِهِ ومِلْكِ صَاحِبِهِ، ونَصِيبُ كُلِّ واحد منهما تَلِفَ بفعليهما جميعاً، فَتُهْدَرُ جِنَايَتُهُ على مِلْكِهِ.

والحَقَّانِ من جِنْسٍ وَاحِدٍ، فيكون على خِلَافِ التَّقَاصِّ.

وإن أَعْتَقَاهَا معاً بعد مَا جَنَيَا، أو وَكَّلاَ وَكِيلاً، فَأَعْتَقَهَا بكلمة واحدة، ثم أَجْهَضَتْ، فقد عتق الجَنِينَ مع الأم قبل الإِجْهَاضِ، فيضمن بالغرة، ولا تعتبر قِيمَةُ الأُمِّ، وفيما يجب على كُلِّ واحد منهما؟ وَجْهَانِ:

قال ابْنُ الحَدَّادِ: يجب على كُلِّ وَاحِدٍ منهما ربع الغُرَّةِ، اعْتِبَاراً بحال الجِنَايَةِ، فكل واحد منهما مَالِكٌ للنصف حينئذ.

وقال غيره: يجب على كُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُهَا؛ اعْتِبَاراً بحال الإِجْهَاضِ، وهو حُرٌّ حينئذ، وللأم ثُلُثُ الوَاجِبِ، والباقي لِلْعَصَبَةِ، ولا يَرِثُ السَّيِّدَانِ منها شيئاً؛ لأنهما قَاتِلَان. ولو جَنَى عليها أحدهما، ثم أَعْتَقَاهَا، ثم أَجْهَضَتْ، فعلى قول ابن الحَدَّادِ، على الجاني نِصْفُ الغُرَّةِ؛ لأنه جَنَى، ونصفه له، وللشريك الأَقَلُّ من نِصْفِ الغُرَّةِ، ونصف عشر قيمة الأُمِّ. وعلى قول غيره: عليه غُرَّةٌ كاملة؛ اعْتِبَاراً بيوم الإِجْهَاضِ.

ومنها: إذا وَطِىءَ الشريكان الجَارِيَةَ المشتركة، فَحَبِلَتْ، ثم جَنَى عليها جَانٍ، فَأَلْقَتِ الجَنِينَ مَيِّتاً، فإن كانا مُوسِرَيْنِ، فالجنين حُرٌّ، وعلى الجاني الغُرَّةُ، وهي لمن يُلْحِقُ القَائِفُ الجَنِينَ به.

فإن كانا مُعْسِرَيْنِ، فكل الولد حُرٌّ أو نِصْفُهُ؟ فيه قولان:

أصحهما: الثاني.

وإذا قيل به، فعلى الجَانِي نِصْفُ الغُرَّةِ، ونِصْفُ عُشْرِ قيمة الأُمِّ، ونِصْفُ الغُرَّةِ لمن يُلْحِقُهُ القَائِفُ به، ونِصْفُ عُشْرِ القيمة للآخر.

---

(١) في ز: وأدنى.

ومنها: قال ابْنُ الحَدَّادِ: المُسْتَوْلَدَةُ الحَامِلُ من السَّيِّدِ، إذا جَنَتْ على نفسها، فَأَلْقَتِ الجَنِينَ ميتاً، فلا ضَمَانَ، إن لم يكن لِلْجَنِينِ وَارِثٌ سوى السيد؛ لأن جِنَايَةَ المستولدة على سَيِّدِهَا، كَمَا سَبَقَ، وبدل الجنين [له][1]، فلو وَجَبَ الضَّمَانُ لوجب عليه لنفسه، فصار كما لو جَنَتْ[2] على مال السَّيِّدِ.

وإن كان له وَارِثٌ آخر بأن كان لِلْمُسْتَوْلَدَةِ أم حُرَّةٌ، فعلى السيد أن يُغَرَّمَ لها الأَقَلَّ من قيمة المُسْتَوْلَدَةِ، أو سُدُسَ الغُرَّةِ.

قال الشيخ أبو عَلِيٍّ: ويحكي قول أنَّ عليه سُدُسَ الغُرَّةِ، إن زاد على قيمتها؛ بناء على أن أَرْشَ جِنَايَةِ المُسْتَوْلَدَةِ على السيد بَالِغاً ما بَلَغَ.

ومنها: مات رَجُلٌ عن زَوْجَةٍ حَامِلٍ، وأخ من الأبوين، أو من الأب، وفي التركة عَبْدٌ، فَجَنَى العَبْدُ على الزَّوْجَةِ، فألقت الجَنِينَ مَيّتاً، ففيه الغُرَّةُ مُتَعَلِّقَةً بِرَقَبَةِ العَبْدِ، ويكون للأم ثُلُثُهَا، وللعم ثُلُثَاهَا، لكن العَبْدَ مَلَكَهُمَا بالأرباع، والجَنِينُ بانْفِصَالِهِ مَيّتاً خَرَجَ عن أن يكون له إِرْثٌ، والمالك لا[3] يَسْتَحِقُّ على مِلْكِهِ شَيْئاً، فيقابل ما يتعلّق بِمِلْكِ كل وَاحِدٍ منهما بما يَسْتَحِقُّهُ بالإِرْثِ، والأخ يَمْلِكُ ثَلاَثَةَ أَرْبَاعِ العَبْدِ، فيتعلق به ثلاثة أرباع الغُرَّةِ، ويَسْتَحِقُّ ثلثي الغُرَّةِ، فيذهب الثُّلُثَانِ بالثلثين، فيبقى نِصْفُ سُدُسِ الغرة متعلّقاً بما يَمْلِكُهُ من العَبْدِ، والزوجة تَمْتَلِكُ رُبُعَ العبد، ويَتَعَلَّقُ به رُبُعُ الغُرَّةِ، ويَسْتَحِقُّ ثلث الغُرَّة، فيذهب الرُّبُعُ بالربع، يبقى لها نِصْفُ سُدُسٍ مما يَتَعلّقُ بنصيب الأخ، فيفدي الأَخُ ثَلاَثَةَ أَرْبَاعِ العَبْدِ بنصف سُدُسِ الغُرَّةِ، ويصرف ذلك إلى الزوجة والفرع لابن الحَدَّادِ[4] أيضاً قد يُورَدُ جَوَابُهُ بغير هذا الإِيرَادِ، ولا يَكادُ يختلف المقصود.

---

(١) سقط في ز. (٢) في ز: حنث. في ز: لم.

(٣) في ز: متعلقة.

(٤) قال الشيخ البلقيني: وقع الخلل في هذا الفرع في مواضع من الشرح والروضة:

أحدهما: قولهما فالأخ يملك ثلاثة أرباع العبد فيتعلق به ثلاثة أرباع الغرة ووجه الخلل في هذا أن ثلاثة أرباع الغرة المستحقة شيوعاً وإن تعلقت بثلاثة أرباع العبد شيوعاً لكن لا يذهب الثلثان بالثلثين ويلزم منه أن لا يبقى للأخ شيء يتعلق بنصيب الزوجة ولا يجوز أن يكون الضمير في به يعود لأن الغرة كلها متعلقة بالعبد فثلاثة أرباعها متعلقة بثلاثة أرباعه.

الثاني: قولهما يبقى نصف سدس الغرة متعلقاً بحصته هذا لا يمكن لأن السيد لا يثبت له على عبده دين.

الثالث: قوله والزوجة تملك ربع العبد فيتعلق به ربع الغرة شيوعاً.

الرابع: قوله يبقى لها نصف سدس الغرة هذا أوهم فالباقي لها ربع الغرة متعلقاً بحصة الأخ.

الخامس: قوله فيفديه بأن يدفع نصف سدس الغرة إلى الزوجة صوابه أن يدفع ربع الغرة لكن إنما ذكر ذلك لقضية التقاص ولم ينبه عليه ثم قال الشيخ أيضاً: قوله تبعاً لأصله يبقى نصف سدس=

وقال الشيخ أبو علي ـ رحمه الله ـ: وعلى قِيَاسِهِ لو كانت المَسْأَلَةُ بالأَثْلَاثِ أيضاً، والعبد بينهما بالأَثْمَانِ، فيملك الابن سَبْعَةَ أَثْمَانِ العَبْدِ، ويَتَعَلَّقُ به سبعة أثمان الغُرَّةِ، فيذهب الثُّلُثَانِ بالثلثين، ويبقى ما بين ثُلُثَي الغُرَّةِ، وسبعة أثمانها، والتَّفَاوُتُ بخمسة أَسْهُم من أربعة وعشرين سهماً، وذلك بأن يُضرَبَ مَخرَجُ الثلثين في مَخرَجِ الثُّمنِ، فيحصل أربعة وعشرة وثلثا أربعة وعشرين ستة عشر وسبعة أثمانه أحد وعشرون، فالتَّفَاوُتُ بينهما بخمسة.

والزَّوْجَةُ تَمْلِكُ[1] ثَمَنَ العَبْدِ، ويَتَعَلَّقُ به ثَمَنُ الغُرَّةِ، وهو ثلاثة أَسْهُم، ويستحقُّ ثلثها، وهو ثَمَانِيَةُ أسهم، فيذهب ثَلَاثَةُ أَسْهُم بثلاثة أسهم، يبقى خمسة أَسْهم، فَيَفْدِي الابن سَبْعَةَ أَثْمَانِ العَبْدِ بخمسة أسهم من أربعة وعشرين سَهْماً من الغُرَّةِ، ويُصْرَفُ ذلك إلى الزوجة.

ومنها: قال ابن الصَّبَّاغ: إذا جَنَىٰ حُرٌّ أُمُّهُ عَتِيقَةٌ، وأَبُوهُ رقيق على امْرَأَةٍ حامل، ثم أُعْتِقَ أبوه، فَانْجَرَّ وَلَاؤُهُ من مُعْتِقِ الأُمِّ إلى مُعْتِقِ الأب، ثم أَجْهَضَتِ الحَامِلُ، فعلى قياس قول ابن الصَّبَّاغ[2] يتحمل بَدَلَ الجنين مَوْلَى الأم؛ اعتباراً بحال الجِنَايَةِ، وعلى قياس قَوْلِ غَيْرِهِ: يَتَحَمَّلُ مَوْلَى الأب؛ اعتباراً بحالة الإجهاض.

ومنها: إذا أَحْبَلَ المُكَاتَبُ أَمَتَهُ، فَجَنَى عليها، فَأَجْهَضَتْ، وجب في الجنين عُشْرُ قيمة الأُمِّ؛ لأنها مَمْلُوكَةٌ بَعْدُ.

قال الغَزَالِيُّ: **الطَّرَفُ الثَّالِثُ فِي صِفَةِ الغُرَّةِ وَهُوَ رَقِيقٌ سَلِيمٌ مِنْ عَيبٍ يَثْبُتُ الرَّدُّ فِي البَيْعِ سِنُّهُ فَوْقَ سَبْعٍ وَدُونَ خَمْسَ عَشْرَةَ إِنْ كَانَ غُلَاماً، وَدُونَ العِشْرِينَ إِنْ كَانَتْ أُنْثَى، وَقِيلَ: تُؤْخَذُ الكَبِيرَةُ مَا لَمْ تَضْعُفْ بِالهَرَمِ، وَفِي نِفَاسَةِ قِيمَتِهَا وَجْهَانِ: (أَحَدُهُمَا): أَنَّهُ لاَ تَقْدِيرَ فِيهِ بَعْدَ وُجُودِ السِّنِّ وَالسَّلَامَةِ (وَالثَّانِي): أَنَّهُ لاَ يَنْبَغِي أَنْ يُنْقَصَ عَنْ قِيمَةِ خَمْسٍ مِنَ الإِبِلِ لِأَنَّا عِنْدَ العَقْدِ نَرْجِعُ إِلَى خَمْسٍ مِنَ الإِبِلِ فِي القَوْلِ الجَدِيدِ، وَفِي القَدِيمِ نَرْجِعُ إِلَى قِيمَةِ الغُرَّةِ مِنْ غَيْرِ تَقْدِيرٍ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لا يَتَعَيَّنُ لِلْغُرَّةِ نَوْعٌ من الرقيق، بل يُجْبَرُ المُسْتَحِقُّ على قَبُولِهِ من أيِّ

= الغرة متعلقاً بحصته من العبد هذا ليس بمستقيم وإنما يبقى سدس الغرة ويتعلق ذلك بحصة الزوج من العبد، وقد قال في الزوجة: يبقى لها نصف سدس الغرة، وقد وقع الخلل في هذا الفرع في مواضع نبهت عليه في مواضعها والصواب أن يقال نصف سدس الغرة أو يبقي حصته من الغرة متعلقاً بنصيب الزوجة وكذا قال أبو الطيب: وقد بسطته في الفوائد. انتهى وأخذ في الخادم كلام شيخه وزاد عليه، واعتذر عن الشيخين بشيء فيه نظر.

(١) في ز: تمتلك. (٢) في ز: الحداد.

نَوْعٍ كان، ويُجْبَرُ على قُبُولِ الذَّكَرِ والأُنْثَىٰ؛ لما رُوِيَ أنه ﷺ: «قَضَى في الجَنِينِ بِغُرَّةِ عَبْدٍ أَوْ أَمَةٍ»[١].

والنظر في ثلاث صِفَاتٍ:

إحداها: تُعْتَبَرُ السَّلاَمَةُ عن العُيُوبِ التي تُثْبِتُ الرَّدَّ في البَيْعِ، بخلاف الإِعْتَاقِ[٢] في الكَفَّارَةِ، حيث يُجْزِيءُ إِعْتَاقُ المعيب[٣] بِعَيْبٍ لا يَضُرُّ بالعمل؛ لأن الكَفَّارَةَ حَقُّ الله تعالى، والغُرَّةُ حَقُّ الآدَمِيِّ، وحقوق الله تعالى [مبنِيَّةٌ][٤] على المُسَاهَلَةِ.

وأيضاً، فإنه وَرَدَ لفظ «الغرة»، والغُرَّةُ الخِيَارُ، والمَعِيبُ ليس من الخِيَارِ.

ولا يُجْبَرُ المُسْتَحِقُّ على قَبُولِ الخَصِيِّ والخُنْثَىٰ والكَافِرِ.

ولو أوصى[٥] بِقَبُولِ المَعِيبِ، وسامح، جَازَ.

ويجوز أن يُعْلَمَ لفظ «السَّلِيم» في الكتاب بالحَاءِ؛ لأن عند أبي حَنِيفَةَ يُجْبَرُ على قُبُولِ المَعِيبِ، إذا لم تَنْقُصْ قِيمَتُهُ عن خَمْسٍ من الإِبِلِ، أو خمسين ديناراً.

الثانية: لا يُجْبَرُ على قَبُولِ من لم تَبْلُغْ سِنُّهُ سَبْعاً؛ لأن الغُرَّةَ الخِيَارُ، وأنه ليس من الخِيَارِ لِحَاجَتِهِ إلى من يَتَعَهَّدُهُ، وعدم استقلاله.

ويخالف الكَفَّارة، حيث يُجْزِيءُ فيها إِعْتِاقُ الصَّغِيرِ؛ لأن الوارد هناك لفظ «الرقبة»، والرَّقَبَةُ تشمل الصَّغِيرَ والكَبِيرَ.

واعلم أن لفظ الشَّافِعِيِّ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ في «المختصر» ولمن وَجَبَتْ له الغُرَّةُ ألا يَقْبَلَهَا دون سَبْعِ سنين أو ثمان، فمن الأصحاب من يُتَابِعُهُ في اللفظ، ومنهم من اقْتَصَرَ على أنه لا يُجْبَرُ على قَبُول من سَنُّهُ دون سبع سنين، ولا يتعرض للثمان؛ لأن من هو دون سبع، فهو دون ثَمَانٍ وليست كلمة أو للترديد[٦] في أن الذي لا يقبل من نقص عن سبع، أو ثمان بالاتِّفَاقَ ويمكن أن يُقَالَ: المَقْصُودُ أنه لا يقبل من هو دون سن التَّمْيِيزِ، وسن التمييز سبع أو ثمان، ويختلف باخْتِلاَفِ حَالِ الصِّبْيَانِ، ولا يُجْبَرُ على قبول من بَلَغَ سِنَّ التمييز، ولا تَمْيِيزَ له؛ لأنه مَعِيبٌ، وأَمَّا في طَرَفِ الكِبَرِ، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يُؤْخَذُ الغُلاَمُ بعد خَمْسَ عَشَرَةَ سَنَةً؛ لأنه لا يدخل على النِّسَاءِ بعد ذلك، ولا الجَارِيَةُ بعد عشرين سَنَةً؛ لأنها تَتَغَيَّرُ[٧] وتنقصُ قيمتها بذلك.

---

(١) تقدم.
(٢) في أ: الفتاق.
(٣) في أ: المعيوب.
(٤) سقط في ز.
(٥) في ز: رمني.
(٦) في ز: للتردد.
(٧) في ز: وتنتقص.

ويروى هذا عن ابن أبي هُرَيْرَةَ. وفي «البيان»: أن بعض الأَصْحَابِ جعل الحَدَّ، العِشْرِينَ في الغُلَامِ، والجَارِيَةِ جميعاً.

والثاني: أنهما يُؤْخَذَانِ، وأن جاوز السِّتِّينَ ما لم يَضْعُفَا، ولم يَخْرُجَا عن الاستقلال بالهَرَمِ؛ لأن كَمَالَ المَنْفَعَةِ والقوة إنما يكون بعد الستين.

ونَظْمُ الكتاب يُشْعِرُ بترجيح[1] الأَوَّلِ من الوجهين. وإليه ذهب أبو الفرج الزَّاز، والقاضي الروياني، وجَمَاعَةٌ، والأصح عند صاحب «التهذيب» الثاني، وبه قال الشيخ أبو حَامِدٍ، والقاضي أبو الطيب وغيرهم، وحَكَوْا ذلك عن النَّصِّ.

الثالثة[2]: هل يَتَقَدَّرُ لِلْغُرَّةِ قِيمَةٌ؟ فيه وجهان أَوْرَدَهُمَا في الكتاب:

أحدهما: لا، بل إذا وجدت السَّلَامَةُ والسن، وَجَبَ القَبُولُ، قَلَّتْ قيمتها أو كَثُرَتْ؛ لإطلاق من لفظ العَبْدِ والأَمَةِ في الخَبَرِ.

وأصحهما: الذي أَوْرَدَهُ المُعْظَمُ أنه ينبغي أن تَبْلُغَ قيمتها نِصْفَ عُشْرِ الدية، وهي خَمْسٌ من الإِبِلِ. روي ذلك عن عُمَرَ، وزَيْدِ بن ثَابِتٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ـ وذكروا أنه لا مُخَالِفَ لهما.

ووَجَّهَ أيضاً بأنه لا سَبِيلَ إلى تكميل الدِّيَةِ؛ لأنه لم تَكْمُلْ له الحَيَاةُ، ولا وَجْهَ للإهدار، فَقُدِّرَ وَاجِبُهُ بِأَقَلِّ ما ورد الشَّرْعُ بإيجابه في الديات والأروش، وهو خمس من الإبل، أوجبها الشرع في المُوضِحَةِ، وفي السن، واعتذروا عن الأنملة حيث يجب فيها ثَلَاثَةٌ وثلث بأن الشرع لم يَرِدْ بذلك في الأَنْمَلَةِ برأسها، ولكن بين ما يجب في الأصبع، فوزع الواجب على أجزائها.

ومهما وجدت الغُرَّةُ بالصفات المعتبرة لم يُجْبِرَ المُسْتَحِقُّ على قَبُولِ غيرها، كما إذا وجدت الإِبِلُ في الدية [الاعْتِيَاضُ عنها بالتَّرَاضِي كالاعتياض عن إبل الدِّيَةِ][3]، وإذا لم توجد الغرة[4]، فطريقان:

أظهرهما: أن فيه قولين:

أصحهما: أنه يجب خَمْسٌ من الإِبِلِ؛ لأنها مُقَدَّرَةٌ بخمس من الإِبِلِ، فإذا فقدت أَخَذَتْ ما هي مُقَدَّرَةٌ به.

ويُرْوَىٰ ذلك عن زَيْدِ بن ثَابِتٍ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ[5] ـ.

---

(١) في ز: ترجيح.
(٢) في ز: والثالث.
(٣) في ز: الإبل.
(٤) سقط في ز.
(٥) قال الحافظ في التلخيص: لم أجده.

ولأنَّا لو أَوْجَبْنا قِيمَةَ الغُرَّةِ، لم نَأْمَنْ أَن تَبْلُغَ دية كاملة، وتزيد عليها.

والثاني: أن المَعْدُولَ إليه عند الفَقْدِ القِيمَةُ، كما لو غَصَبَ عَبْداً، فَأَبَقَ أو تَلِفَ، ويقال: إن هذا مُخَرَّجٌ من تَقْوِيمِ الإِبِلِ في الدية إذا فقدت، وكذلك حُكِيَ عن الشيخ أبي حَامِدٍ وغيره أنه القول الجَدِيدُ، وأن مُقَابِلَهُ، وهو التقدير بخمس من الإِبِلِ القَدِيمُ، وعن الفَوْرَانِيِّ عَكْسُهُ.

والطريق الثاني: القَطْعُ بوجوب خَمْسٍ من الإِبِلِ، وإذا قلنا به، وفقدت الإبل، فكان[1] كما لو فُقِدَتِ الإِبِلُ في الدية، فعلى الجَدِيدِ يجب قِيمَتُهَا، وعلى القديم يجب خَمْسُونَ ديناراً، أو ستمائة درهم[2].

وقوله في الكتاب: «ودون خمس عشرة» يجوز أن يُعْلَمَ لفظ «خمس عشرة» بالواو لِلْوَجْهِ الذي ذكرناه[3] في التَّحْدِيدِ بالعِشْرِينَ في حَقِّ الغُلاَمِ أيضاً.

وقوله: «لأنا عند الفَقْدِ نرجع إلى خمس من الإِبِلِ في القول الجديد» يشير إلى بِنَاءِ الوَجْهَيْنِ في أنه هل تُعْتَبَرُ نَفَاسَتُهُ بالقيمة؟ على القولين في أنه هل يُرْجَعُ عند العَقْدِ[4] إلى بَدَلٍ[5] مُقَدَّرٍ، وهو متوجّه، وجعل الرجوع إلى خَمْسٍ من الإِبِلِ القول الجديد يوافق ما ذكرناه[6] عن الفَوْرَانِيِّ.

[وذكرنا][7] أن منهم من يَقُولُ: إنه القول القَدِيمُ، كما أن الرُّجُوعَ إلى المقدر عند فِقْدَانِ الإِبِلِ هو القول القديم، وفي الجديد يرجع إلى القِيمَةِ من غير تَقْدِيرٍ، وعلى هذا، فالمسألة مما يرجح فيه القديم؛ لأنهم جعلوا الأَظْهَرَ الرُّجُوعَ إلى خمس من الإِبِلِ [والله أعلم].

قال الغَزَالِيُّ: **ثُمَّ تُصْرَفُ الغُرَّةُ إِلَى الجَنِينِ وَهُوَ الأُمُّ وَالعَصَبَةُ، وَتَلْزَمُ عَاقِلَةَ الجَانِي إِذْ لاَ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ قَتْلُ الجَنِينِ عَمْداً إِذْ لاَ تُتَيَقَّنُ حَيَاتُهُ بِحَالٍ، وَأَرْشُ أَلَمِ الأُمِّ يَنْدَرِجُ تَحْتَ الغُرَّةِ إِنْ لَمْ يَبْقَ شَيْنٌ، فَإِنْ بَقِيَ وَجَبَ حُكُومَةُ الشَّيْنِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في هذه البقيّة مسألتان:

---

(١) في أ: كان.

(٢) ما ذكره من خمسين ديناراً هو المذكور في «الشامل» و«التهذيب» وغيرهما، لكن في «اللباب» للمحاملي قدره العلماء بسبعين ديناراً.

(٣) في أ: ذكره.

(٤) في أ: العقد.

(٥) في ز: بدر.

(٦) في ز: نقلناه.

(٧) سقط في ز.

إحداهما: فيمن يصرف إليه الغُرَّة، وفيمن تُؤْخَذُ منه.

أما من تُصْرَفُ إليه فَوَرَثَةُ الجَنِينِ، فتأخذ الأُمُّ نَصِيبَهَا إن كانت حَيَّةً عند انْفِصَالِ الجَنِينِ وحرة، والباقي للأب، فإن لم يكن، فلسائر العَصَبَاتِ.

ولو كان قد مات مورثٌ للجنين، وَوَقَفْنَا له شَيْئاً، فلا يجعل المَالُ المَوْقُوفُ لِوَرَثَةِ الجنين، بل يكون لِوَرَثَةِ ذلك المُوَرِّثِ بخلاف الغُرَّةِ، تقدر فيها حياته تَغْلِيظاً على الجاني.

ولو جَنَتِ الحَامِلُ على نفسها بِشُرْبِ دَوَاءٍ وغيره، فلا شَيْءَ لها من الغُرَّةِ المَأْخُوذَةِ من عاقلتها؛ لأنها قَاتِلَةٌ، وإنما هي لسائر وَرَثَةِ الجنين.

وأما من تُؤْخَذُ منه، فالجِنَايَةُ على الجنين قد تكون خَطَأً مَحْضاً بأن يقصد غير الحامل فيصيبها، وقد يكون عَمْدَ خَطَإٍ، بأن يَقْصِدُ ضَرْبَهَا، ويضربها بما لا يُؤَدِّي إلى الإِجْهَاضِ غالباً، فَأَدَّى إليه، ولا يكون عَمْداً مَحْضاً؛ لأنه لا يُتَيَقَّنُ وُجُودُهُ وحَيَاتُهُ، حتى يقصد، هذا هو الظَّاهِرُ المَشْهُورُ.

وفي «المهذب» أنه قد يكون عَمْداً مَحْضاً إذا قصد الإِجْهَاضَ، ونحا[1] صاحب «التهذيب» نحوه.

وذكر ابن الصَّبَّاغِ أن أبا إِسْحَاقَ قال: إنه وإن قَصَدَهَا بالضَّرْبِ يكون خَطَأً في حَقِّ الجنين؛ لأنه لا يباشر بالجناية.

وإذا قلنا بالظاهر، فسواء كانت الجِنَايَةُ خَطَأً أو عَمْدَ خَطَإٍ، فالغرة على العاقلة، كما وَرَدَ في الخَبَرِ.

قال في «الشامل»: والغرة بَدَلُ نَفْسٍ، فلا يَجِيءُ فيها القَوْلُ القديم فيما دون النفس، لكن في «جمع الجَوَامِعِ» للقاضي الروياني أن بَعْضَهُمْ أَثْبَتَ فيها القَوْلَ[2] القديم في أن ما دُونَ ثلث الدِّيَةِ لا يُضْرَبُ على العَاقِلَةِ. والمذهب الأول. وإذا فُقِدَتْ الغُرَّةُ، وقلنا بالانْتِقَالِ إلى خَمْسٍ من الإِبِلِ، فيغلظ إذا كانتِ الجِنَايَةُ عَمْدَ خَطَأً بأن تُؤْخَذُ حِقَّةٌ ونصف وجَذَعَةٌ ونصف، وخَلَفَتَانِ، حُكِيَ ذلك عن الأُسْتَاذِ أبي طَاهِرِ الرِّيَادِيِّ، وتابعه الأَئِمَّةُ، ولم يَتَكَلَّمُوا في التَّغْلِيظِ عند وجود الغُرَّةِ، إلا أن الرُّويانِيَّ قال: ينبغي أن يُقَالَ: تجب غُرَّةٌ قيمتها نِصْفُ عُشر الدِّيَةِ المُغَلَّظَةِ، وهذا حَسَنٌ.

---

(١) في ز: ويحكى.

(٢) لم يتعرض لمجيء القول الآخر السابق هناك أن العاقلة لا تتحمل ما دون ثلث الدية وهذا لا بد من مجيئه.

ويجوز أن يُعْلَمَ؛ لما بينا قوله في الكتاب: «ويلزم عَاقِلَة الجَاني» بالواو.

وكذا قوله «إذ لا يُمْكِنُ أن يكون قَتْلُ الجنين عَمْداً».

وذكر صاحب الكتاب في «الوسيط» أنه لو كان عدد العاقلة لا يَفِي إلا بالنِّصْفِ، فعليهم نِصْفُ قِيمَةِ الغُرَّةِ، لا قيمة نصف الغرة، وبينهما فَرْقٌ، إذ الغُرَّةُ ربما تُسَاوِي أَلْفاً، والنصف يُوجَدُ بأربعمائة، فالوَاجِبُ عليهم نِصْفُ قيمة الكل، وهو خمسمائة.

ولك أن تقول: نعم بينهما فَرْقٌ، لكن هذا كلام قَلِيلُ النَّوْلِ[1]؛ لأن الذي يحمله كُلُّ واحد منهم مَعْلُومٌ مَضْبُوطٌ، وجملة ما يحملونه تَخْتَلِفُ باختلاف عَدَدِهِمْ، فإن لم يَفِ عَدَدُهُمْ إلا بقيمة النِّصْفِ، لم يحملوا أَكْثَرَ من قيمة النِّصْفِ، وإن وَفَّى بنصف القيمة أو أكثر، حملوا ذلك. هذا كُلُّه في الغُرَّةِ.

أَمَا بَدَلُ الجنين الرَّقِيقِ، فَيُصْرَفُ إلى السَّيِّدِ، وهل يتَحملهُ العَاقِلَةُ؟ فيه القولان المذكوران في بَدَلِ العَبْدِ.

المسألة الثانية: إذا جَنَى على الحامل بقطع طَرَفٍ أو جِرَاحَةٍ أخرى، فَأَلْقَتْ جَنِيناً مَيِّتاً، يجب مع ضَمَانِ الجنين ضَمَانُ الجِنَايَةِ حُكُومَةً كان أو أَرْشاً مقدراً، ويكون ضَمَانُ الجِنَايَةِ لها.

ولو تَأَلَّمَتْ [بالضرب][2] وألقت الجَنِينَ، فإن لم يَبْقَ شَيْنٌ لم يجب لِلأَلَمِ شَيْءٌ، وإن [بقي][3] شَيْنٌ، فوجهان:

أحدهما: أنه لا يَجِبُ مع الغُرَّةِ شَيْءٌ، كما لا يجب لِلأَلَمِ.

وأصحهما ـ وهو المذكور في الكتاب ـ: أنه يجب حُكُومَةُ الشَّيْنِ مع الغرة، كما يجب ضَمَانُ الجِرَاحَةِ.

وقوله: «وأَرْشُ أَلَمِ الأم يَنْدَرِجُ تحت الغُرَّةِ»، وهذه اللفظة إنما تَنْطَبِقُ على قولنا بوجوب الحكومة في الجِرَاحَةِ التي تعقب شَيْناً، أو نُقْصَاناً.

والمَقْصُودُ أنه لا يَجِبُ مع الغُرَّةِ شَيْءٌ على ما بَيَّنَّا.

«خَاتِمَةٌ»: إذا سقط «الجَنِينُ مَيِّتاً» وادَّعَى وَارِثُهُ على إِنْسَانٍ أنه سَقَطَ بِجِنَايَتِهِ، فأنكر أَهْلَ الجناية، فهو المُصَدَّقُ بِيَمِينِهِ، وعلى المُدَّعِي البَيِّنَةُ، ولا تُقْبَلُ فيه إلا شَهَادَةُ الرِّجَالِ.

---

(١) في ز: النزل.

(٢) سقط في ز. (٣) سقط في ز.

وإن أَقَرَّ بِالجِنَايَةِ، وأنكر إِسْقَاطَهَا الجَنِينِ وَحَمْلَهَا، وقال: إِنَّ السِّقْطَ مُلْتَقَطٌ، فكذلك وهو المُصَدَّقُ، وعلى المدعي البَيِّنَةُ، وتقبل فيه شَهَادَةُ النساء، فإن الإِسْقَاطَ كَالوِلاَدَةِ لا يَطَّلِعُ عليه غالباً إلا النِّسَاءُ.

وإن أَقَرَّ بِالجِنَايَةِ والإسقاط، وأنكر كَوْنَ السُّقُوطِ بسبب الجناية، فينظر: إن أسقطت عَقِيبَ الجِنَايَةِ، فهي المُصَدَّقَةُ باليمين، سواء قال: إنها شَرِبَتْ دَوَاءً، أو ضرب بَطْنَهَا إِنْسَانٌ آخر، أو قال: حَانَ وَقْتُ وِلاَدَتِهَا، ولذلك انْفَصَلَ الوَلَدُ؛ لأن الجِنَايَةَ سبب ظَاهِرٌ في الإِسْقَاطِ، والأصل أنه لم يوجد سَبَبٌ آخر، والوِلاَدَةُ قد تَتَقَدَّمُ، وقد تَتَأَخَّرُ، فلا يصرف السُّقُوط عن الجِنَايَةِ الظاهرة بِأَمْرٍ محتمل.

وإن أَسْقَطَتْ بعد مُضِيِّ مدة من وَقْتِ الجِنَايَةِ، فهو المُصَدَّقُ باليمين، لأن الظاهر معه، إلا أن تُقِيمَ بَيِّنَةً على أنها لم تَزَلْ ضَمِنَةً مُتَأَلِّمَةً حتى أَسْقَطَتْ.

ولا تُقْبَلُ هذه الشَّهَادَةُ إلا من رَجُلَيْنِ.

وضبط صاحب «التتمة» المدة المُتَخَلِّلَة بما يَزُولُ فيه أَلَمُ الجِنَايَةِ. وأَثَرُهَا غالباً.

وإن اتَّفَقَا على أن الجَنِينَ سَقَطَ بجنايته، وقال الجاني: إنه سَقَطَ مَيِّتاً، وقال الوَارِثُ: بل حَيّاً، ثم مات، فالواجب الدِّيَةُ، فعلى الوَارِثِ البَيِّنَةُ على ما يَدَّعِيهِ من الحَيَاةِ والاسْتِهْلاَلِ وغيره، ويقبل فيه شَهَادَةُ النساء؛ لأن الاسْتِهْلاَلَ حينئذ لا يَطَّلِعُ عليه إلا النِّسَاءُ غالباً كالوِلاَدَةِ.

وعن حكاية الرّبيع أنه لا يُقْبَلُ إلا من رَجُلَيْنِ، وإن أقام كُلُّ واحد منهما بَيِّنَةً على ما يقوله، فَبَيِّنَةُ الوَارِثِ أَوْلَى؛ لأنها تَخْتَصُ بزيادة عِلْمٍ، وهي الحياة.

ولو اتَّفَقَا على أنه انفَصَلَ حياً بِجِنَايَتِهِ، وقال الوَارِثُ: مات بالجناية، وقال الجاني: بل بِسَبَبٍ آخر، فإن لم يَمْتَدَّ الزَّمَانُ، فالمُصَدَّقُ الوارث بيمينه؛ لأن الجِنَايَةَ سَبَبٌ صَالِحٌ، ولم يظهر سَبَبٌ آخر، فكان المَوْتُ مُحَالاً عليه.

وإن امْتَدَّ الزَّمَانُ، فالمُصَدَّقُ الجاني بيمينه، إلا أن يقيم الوَارِثُ بَيِّنَةً على أنه لم يَزَلْ مُتَأَلِّماً إلى أن مات.

ولو أَلْقَتْ جَنِينَيْن، وادَّعَى الوَارِثُ حَيَاتَهُمَا، وأنكر الجاني حَيَاتَهُمَا فأقام[1] الوارث بَيِّنَةً[2] على اسْتِهْلالِ أحدهما.

قال في «التتمة»: الشهادة مَسْمُوعَةٌ، ثم إن كانا ذَكَرَيْنِ، فتجب دِيَةُ رَجُلٍ وغُرَّةٌ، وإن كانا أنثيين فَدِيَةُ امْرَأَةٍ وغرة، وإن كان أحدهما ذَكَراً والآخر أُنْثَى، فيوجب

---

(١) في أ: وأقام.
(٢) في ز: شاهدين.

المتيقن[١]، وهو دِيَةُ امرأة وغُرَّةٌ. ولو سلم الوارث اسْتِهْلاَلَ أَحدهما، وكان أَحدهما ذَكَراً، والآخر أُنْثَىٰ، فقال الوارث: إنما اسْتَهَلَّ الذَّكَرُ، وقال الجاني: بل الأُنْثَىٰ، فالمُصَدَّقُ بيمينه الجاني[٢]، ويَحْلِفُ على نَفْيِ العلم باسْتِهْلاَلِ الذَّكَرِ، ويحكم بِدِيَةِ امرأة وغرة فإن صدق الجَانِي الوَارِثَ على اسْتِهْلاَلِ الذَّكَرِ، وكذبت العَاقِلَة، فعلى العَاقِلَةِ دِيَةُ أُنثى، وحكومة[٣]، والباقي في مَالِ الجَانِي.

ولو أَلْقَتْ جنينين حَيَّيْنِ وَمَاتَا، وماتت الأُمُّ بينهما، ورثت الأُمُّ من الأول، ووَرِثَ الثاني من الأُمِّ، فقال وارث الجنينين، ماتت الأُمُّ أَوّلاً، فَوَرِثَهَا الجَنِينُ، ثم مات الجَنِينُ فورثته، وقال وَارِثُ الأُمِّ: مات الجَنِينُ أوّلاً، وورثت الأُمُّ الوَاجِبَ بالجناية، ثم ماتت، فَوَرِثَتْ مِنها، فإن كان لأحدهما بَيِّنَةٌ حُكِمَ بها، وإلا فإن حلف[٤] أحدهما ونَكَلَ الآخر حُكِمَ بيمين الحَالِفِ، وإن حَلَفَ أو نَكَلاَ لم نورث أَحَدَهُمَا من الآخر؛ لأنه عَمِيَ مَوْتُهُمَا، وما تَرَكَهُ كُلُّ وَاحِدٍ منهما لِوَرَثَتِهِ الأَحْيَاءِ، والله أعلم.

بَابُ كَفَّارَةِ القَتْلِ

قال الغَزَالِيُّ: **كُلُّ حَيٍّ مُلْتَزَمٍ إِذَا قَتَلَ قَتْلاً غَيْرَ مُبَاحٍ آدَمِيّاً مَعْصُوماً فَعَلَيْهِ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ، فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ فَلاَ إِطْعَامَ عَلَى المَذْهَب، نَعَمْ لَوْ مَاتَ فَفِي كُلِّ يَوْمٍ مُدٌّ كَما فِي رَمَضَانَ، فَيَجِبُ الكَفَّارَةُ بِالخَطَأِ وَحَفْرِ البِئْرِ، وَعَلَى الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ، وَلاَ يَجِبُ فِي قَتْلِ الصَّائِلِ وَمَنْ عَلَيْهِ القِصَاصُ وَالرَّجْمُ وَلاَ عَلَى حَرْبِيٍّ، وَفِي وُجُوبِهِ عَلَى مَنْ قَتَلَ نَفْسَهُ أَوْ حَفر بِئْراً فَتَرَدَّى فِيهِ غَيْرُهُ بَعْد مَوْتِهِ وَجْهَانِ، إِذْ يَبْعُدُ إِنْشَاءُ عِبَادَةٍ عَلَى مَيِّتٍ بَعْدَ المَوْتِ، وَلاَ كَفَّارَةَ في قَتْلِ نِسَاءِ أَهْلِ الحَرْبِ وَذَرَارِيهِمْ، وَيَجِبُ فِي المُعَاهَدِ وَالمَمْلُوكِ إِذَا قَتَلَهُ السَّيِّدُ لِوُجُودِ العِصْمَةِ، وَكَذَا فِي المُسْلِمِ وَإِنْ كَانَ فِي دَارِ الحَرْبِ، فَإِذَا رَمَىٰ إِلَى صَفِّ الكُفَّارِ وَلَمْ يَدْرِ أَنَّ فِيهِمْ مُسْلِماً فَأَصَابَ فَعَلَيْهِ الكَفَّارَةُ وَلاَ دِيَةَ، وَإِنْ عَلِمَ أَنَّ فِيهِمْ مُسْلِماً وَلَمْ يَقْصِدْهُ لَزِمَهُ الدِّيَةُ، وَقِيلَ قَوْلاَنِ كَمَا لَوْ قَصَدَ شَخْصاً بِعَيْنِهِ وَكَانَ قَدْ أَسْلَمَ قَبْلَ الرَّمْيِ فَفِي دِيَتِهِ قَوْلاَنِ إِذَا كَانَ فِي صَفِّ الكُفَّارِ، وَالشَّرِيكُ فِي القَتْلِ عَلَيْهِ كَفَّارَةٌ كَامِلَةٌ عَلَى الصَّحِيحِ إِذِ العِبَادَةُ لاَ تَتَجَزَّأُ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: سبق في أوَّلِ الجِرَاحِ أن كَبِيرَةَ القَتْلِ يَتَعَلَّقُ بها مع القِصَاصِ، أو الدية الكَفَّارَةُ، وقد يَسَّرَ الله ـ تعالى ـ الفَرَاغَ من الكلام في القِصَاصِ والدِّيَةِ.

---

(١) في ز: المستيقن.
(٢) في أ: مدعي الأنثى.
(٣) في ز: محكومة.
(٤) في ز: وإلا وحلف.

وأما الكَفَّارَةُ[1] فالأَصْلُ فيها قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] وعن وَاثِلَةَ بن الأَسْقَعِ ـ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ـ قال: أتينا النَّبِيَّ ﷺ في صَاحِبٍ لنا قد اسْتَوْجَبَ النَّارَ بالقَتْلِ، فقال النبي ﷺ: «أَعْتِقُوا رَقَبَةً يَعْتِقِ اللَّهُ بِكُلِّ عُضْوٍ مِنْهَا عُضْواً مِنْهُ مِنَ النَّارِ»[2].

واعلم أن مَسَائِلَ الباب في الكتاب يَرْتَبِطُ بعضها ببعض ارْتِبَاطاً شَدِيداً، لا يَحْسُنُ حَلُّ رَوَابِطِهَا إلا بعد الوُقُوفِ على فِقْهِهَا.

والباب خَفِيفُ المُؤْنَةِ في نفسه، فَرَأَيْتُ أن آتى بمسائله جَمَّةً[3] في فصل، وأَعُود إلى ما يَتَعَلَّقِ بِنَظْمِ الكتاب، وحلّه في فصل آخر.

أما الفصل الأول، فالكَلاَمُ على ما رتَّبَ في «الوسيط» في الواجب والمُوجِبِ. أما الواجب فَكَفَّارَةُ القَتْلِ مرتبة، فعليه إِعْتَاقُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ، فإن لم يجد فصيام شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ بالنص، فإن[4] لم يَسْتَطِعْ، فهل عليه إِطْعَامُ ستين مسكيناً؟ فيه قولان:

وقال القَفَّالُ في «شرح التلخيص»: وجهان، وأنكر على صاحب «التلخيص» رِوَايَةَ القولين:

أحدهما: أنه يَجِبُ؛ لأنها كَفَّارَةُ تَشْتَمِلُ على الإِعْتَاقِ، وعلى صيام شهرين مُتَتَابِعَيْنِ، فأشبهت كَفَّارَةَ الظِّهَارِ والوِقَاعِ في [نهار][5] رمضان.

---

(١) يقول الله تعالى: **﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلاَّ خطأً ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلاَّ أن يصدقوا...﴾** إلى أن قال: **﴿فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وكان الله عليماً حكيماً ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعدَّ له عذاباً عظيماً﴾**.
فبين سبحانه وتعالى أن القتل في ذاته جريمة منكرة ليس من شأن المؤمن أن يقوم عليها، ولا من طبعه الميل إليها، وأنه إن فعل ذلك إنما يفعله عن كُرْهٍ منه، وعلى غير قصد، وأنه في هذه الْحَالَةِ عليه أن يخرج رقبة من ذُلِّ العبودية تتمتع بنسيم الحرية، بدل تلك الرقبة التي فارقت الحياة الدنيا، فإن كان معسراً عاجزاً عن تحرير تلك الرقبة، فعليه أن يصوم شهرين متتابعين تهذيباً لنفسه، وإشعاراً لها بما وقع منها من التقصير؛ لعل الله يغفر لها ما فرط من ذنب إنه غفور رحيم.
وهذه الآيات بظاهرها تفيد أن الكفارة إنما تجب في قتل الخطأ دون العمد إذ القاتل عمداً جعل الله جزاءه جهنم خالداً فيها، وغضب اللَّهُ عَلَيْه، وَلَعَنَهُ، وَأَعَدَّ لَهُ عَذَاباً عَظِيماً.
ومن هنا اتفقت كلمة الفقهاء على وجوب الكفارة في قتل الخطأ.

(٢) رواه أحمد وأبو داود والنسائي وابن حبان والحاكم من حديثه، ولفظهم: قد استوجب فقط، ولم يقولوا: النار بالقتل.

(٣) في ز: خمسة.

(٤) في ز: وإن.

(٥) سقط في ز.

وأيضاً فإن الإِطْعَامَ مَذْكُورٌ في آية الظِّهَارِ، فتحمل كَفَّارَةُ القَتْلِ عليها، كما أن الرَّقَبَةَ في آية القَتْلِ لما كانت مُقَيَّدَةً بالإيمان حَمَلْنَا الرَّقَبَةَ المطلقة في كَفَّارَةِ الظِّهَارِ عليها.

وأصحهما: المَنْعُ؛ لأن الآية لم تَتَعَرَّضْ إلا للإعتاق والصِّيَام، فلا يُلْحَقُ بهما خَصْلَةٌ ثَالِثَةٌ، كما أن آيَةَ الظِّهَارِ لما كان فيها ذِكْرُ الخِصَالِ الثلاث لَمْ تَرِدْ عليها خَصْلَةٌ رَابِعَةٌ.

وإنما اعتبرنا الإِيمَانَ في كَفَّارَةِ الظِّهَارِ؛ لأن الرَّقَبَةَ المذكورة في الآيَتَيْنِ مُطْلَقَةٌ في إحداهما، ومُقَيَّدَةٌ في الأخرى، فحملنا الإِطْلاَقَ على التَّقْيِيدِ، والإطعام مَسْكُوتٌ[1] عن أَصْلِهِ في إحداهما، والمسكوت[2] لا يحمل على المِذْكُورِ، كما أن الله ـ تعالى ـ نَصَّ في آية التيمُّم على عُضْوَيْنِ، وسكت عن عُضْوَيْنِ، ونصَّ في آية الوُضُوءِ على أربعة أَعْضَاء، فلم تُحْمَلْ آية التيمم على آية الوُضُوءِ، وعلى هذا فقد ذكرها هنا، وفي «الوسيط» أنه لو مات قبل أن يَصُومَ يخرج من تَرِكَتِهِ لكل يَوْمٍ مُدٌّلا بطريق البَدَلِيَّةِ، بل كما تخرج الفِدْيَةُ إذا فات صَوْمُ رمضان.

والقول في صِفَةِ الرَّقَبَةِ، والصيام، وكيفية الإِطْعَامِ إن أَوْجَبْنَاهُ[3]، وما يجوز

---

(١) في ز: مسكون.
(٢) في ز: والمسكون.
(٣) للكفارة القتل نوعان:
أحدهما: تحرير رقبة مؤمنة.
وثانيهما: صيام شهرين متتابعين، ولا ثلث لهما في رأي جمهور الفقهاء؛ لأن اللَّهَ ذكرهما فقط، ولم يذكر غيرهما، فكان ذلك مشعراً بأن الإطعام ليس مشروعاً فيها.
وذهب الشافعي في قول له، وأحمد في رواية عنه إلى أن لها نوعاً ثالثاً هو: إطعام ستين مسكيناً قياساً على كفارة الظِّهَارِ، والمعروف من مذهبيهما خلاف ذلك.
الأول: تحرير رقبة مؤمنة:
الكلام على تحرير الرقبة في كفارة القتل هو الكلام عليه في كفارة اليمين، إلا أن الفقهاء متفقون ههنا على أن الواجب هو عتق رقبة مؤمنة، فلا يجزىء في كفارة القتل عتق الرقبة الكافرة؛ لأن اللَّهَ تَعَالَى اشترط في الرقبة الإيمان بقوله: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾ فعتق غيرها يتنافى مع هذا الشرط، فلا يحقق المطلوب.
ثانياً: صيام شهرين متتابعين:
دلت الآية الكريمة على أن المكفر إذا لم يجد الرقبة المؤمنة، أو وجدها، ولكن عجز عن تحصيلها، فالواجب عليه حينئذ صِيَامُ شهرين متتابعين، لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ واشتراط التتابع في الصوم ههنا، قَدْرٌ مُتَّفَقٌ عليه بين العلماء ما يقطع التتابع:
بعد اتفاقهم على اشتراط التتابع في هذه الكفارة اختلفوا فيما بينهم، فيما يقطع به هذا التتابع، وسنبين ذلك بعد إن شاء الله.
لا خلاف بين العلماء في أن من أفطر لغير عذر أثناء الشهرين، فقد انقطع تتابعه للصوم، ووجب=

. . . .

= عليه أن يستأنف الشهرين، ويلغي ما صَامَهُ.
ولا خلاف بينهم أيضاً في أنَّ التتابع لا ينقطع بالحيض متى باشرت المرأة الصوم عقب الطهر، ولم يفصل ذلك بفاصل؛ لأن الْحَيْض لا يمكن التحرز منه في أثناء الشهرين. إلا إذا أخرت الصوم إلى سن اليأس، وفي تأخيره إلى هذا الوقت خطر، وعزر؛ لأنها ربما تموت قبل ذلك.
واختلفوا في أمور منها:
أولاً: إذا تخلل صوم الكفارة شهر رمضان، فهل صوم رمضان يقطع التتابع، أو لا يقطعه، فيبنى على ما صامه من الكفارة؟
فمذهب الشافعية، والحنفية، والظاهرية أن التتابع ينقطع بذلك، وعليه أن يستأنف؛ لأنه قد ترك التتابع لغير عذر إذ كان في استطاعته أن يصوم شهرين ليس بينهما رمضان خصوصاً وأن الكفارة لم تجب على الفور، ولا يصح أن يَنْوِيَ برمضان الكفارة؛ لأن الزمن متعين لغيرها، والمتعين لا يقبل غيره.
ومذهب الحنابلة: أن التتابع لا ينقطع بذلك علم بأن رمضان يتخلل صوم الكفارة، أم لم يعلم بذلك لأنه زمن منع الشرع من صومه عن الكفارة، فلا يقطع التتابع كزمن الحيض، وبالنفاس.
وهذا ما لم يَنْوِ بِرَمَضَانِ صَوْمَ الكفارة، وإلا انقطع التتابع، ولا يجزيه عن رمضان، ولا عن الكفارة.
أمَّا أنه لا يجزيه عن الكفارة؛ فلأن الزمن متعين لغيرها، ولا يقبل غير ما عين له.
وأما أنه لم يجزه عن رمضان؛ فلأنه لم يَنْوِ، وإنما نوى غيره، والنبي ﷺ يَقُولُ: «إِنَّمَا الأَعْمَالُ بالنياتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِىءٍ مَا نَوَى».
ومذهب المالكية إن جهل تخلل رمضان لصوم الكفارة لم ينقطع التتابع بذلك؛ لعذره بالجهل، وإن علم بذلك انقطع تتابعه؛ لأنه كان في وسعه أن يؤخر الصوم إلى زمن لا يعترضه رمضان، والكفارة ليست واجبة على الفور، حتى يعذر بذلك، ولا يجزيه صوم رمضان عن الكفارة سواء نوى الكفارة وحدها، أو أشركها مع رمضان؛ لأن الزمن متعين لغيرها.
هذه أدلة العلماء ومذاهبهم. ونحن إذا نظرنا إلى قوله تعالى: ﴿**فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين**﴾ نجد أن الحق مع من قال: «إن رمضان يقطع التتابع ما لم يكن هناك جهل يعذر به» لأن التتابع معناه سرد الأيام بعضها تلو بعض، فلو فصل بينها فاصل انقطع التتابع. هذا هو الأصل، ولكن خولف هذا الأصل في الأشياء التي يعذر بها شرعاً ولا يمكن التحرز عنها.
ثانياً: تخلل المرض
إذا عرض للمكفر بالصوم مرض لا يستطيع معه الصوم فأفطر لذلك فهل ينقطع تتابعه ويلغي ما صامه ويستأنف صوم الشهرين من جديد أو لا ينقطع تتابعه ويبني على ما فات بعد مرضه؟
ذهبت الحنفية والظاهرية والشافعية في الجديد من مذهبهم إلى أن التتابع ينقطع بالمرض لأنه غير مناف للصوم. وقد أفطر باختياره فانقطع تتابعه كما لو أجهده الصوم فأفطر لذلك.
وذهبت الحنابلة إلى أن الفطر للمرض المبيح له سواء كان مخوفاً أم غير مخوف لا يقطع التتابع قولاً واحداً في المخوف وعلى الراجح في غيره. لأنه فطر بسبب لا صنع له فيه فلا يقطع التتابع كفطر المرأة بالحيض.
وفصل المالكية فقالوا إن أدخل المرض على نفسه بسبب من الأسباب الاختيارية فأفطر لذلك=

. . . .

= انقطع تتابعه لأنه يشبه الفطر اختياراً من غير عذر وإن لم يدخله على نفسه، بل عرض له ذلك بقوة قاهرة لم ينقطع تتابعه بذلك. لأن فطره بسبب لا صنع له فيه فأشبه الفطر لأجل الحيض.
وبالنظر في وجهة كل نجد أن القول بالتفصيل هو الراجح لقوة مدركة. ولأن المرض قهري ولا يمكن التحرز عنه ولا دخل له فيه حتى يؤاخذ به. بخلاف ما إذا كان بسبب منه فإنه يجب أن يعامل بنقيض قصده.
ثالثاً: تخلل السفر:
إذا تخلل صوم الكفارة فطر لأجل السفر المبيح للفطر، فهل ينقطع التتابع بذلك أو لا ينقطع؟
للشافعية طريقتان في ذلك: طريقة تحكي قولين عن الشافعي، وطريقة تحكي قولاً واحداً.
فالطريقة التي تحكي قولين: قول بأن السفر يقطع التتابع والقول الثاني أن السفر لا يقطعه.
والطريقة التي تحكي قولاً واحداً: فهو القطع، وهو معتمد المذهب لأن الفطر لأجل السفر فطر بسبب اختياري فكان فطراً لغير عذر.
وأظهر القولين من مذهب الحنابلة أنه لا يقطع التتابع لأنه فطر بسبب مبيح للفطر، فكان كالفطر لأجل الحيض.
ومذهب الحنفية والمالكية أن التتابع ينقطع بذلك لأن فطر بسبب جاء من جهته واختياره، فأشبه الفطر لغير عذر.
هذه هي مذاهب القوم وأدلتهم، وبالنظر في وجهة كل نجد أن الحق مع من يقول بأن السفر يقطع التتابع ولكن ليس على إطلاقه، بل ينبغي أن يفصل في سبب السفر هل هو اضطراري أو اختياري فإن كان اضطرارياً وجب ألا ينقطع التتابع، وأما إذا كان اختيارياً وجب أن التتابع ينقطع، لأن ذلك يحقق ما شرعت له الكفارة من الزجر والتشديد حتى يحتاط الناس في أمورهم، ولا يندفعوا في أعمالهم من غير تفكير وروية.
هل المعتبر في صيام الشهرين الهلال أو تكملة العدد ستين يوماً؟
لا نعلم خلافاً بين الفقهاء في أن من صيام شهرين متتابعين معتمداً في ذلك على رؤية الهلال فيهما كفاه ذلك عما وجب عليه من الصوم سواء كان الشهران ستين يوماً أم تسعة وخمسين أم ثمانية وخمسين. لأن بفعله هذا قد صام شهرين متتابعين والله يقول: **﴿فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين﴾** والشهر كما يكون ثلاثين يوماً يكون تسعة وعشرين لقوله ﷺ فيما رواه مسلم: «أن النبي ﷺ ذكر رمضان فضرب بيديه فقال: الشهر هكذا وهكذا وهكذا ثم عقد إبهامه في الثالثة. صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته، فإن غُم عليكم فاقدروا ثلاثين».
ولكن الذي نعلمه أنهم مختلفون فيما إذا ابتدأ الصيام الواجب عليه بعد أن مضى من الشهر بعضه. فهل يصوم الشهر الثاني معتمداً في ذلك على رؤية الهلال ويكمل الشهر الأول ثلاثين يوماً من الشهر الثالث ويجزيه ذلك سواء كان الشهر الذي صامه بالهلال ثلاثين يوماً أم أقل من ذلك أو يكمل الأول من الثاني، والثاني من الثالث حتى يتم العدد ستين يوماً؟
فقالت الشافعية والمالكية والحنابلة يكمل الأول من الثالث، ويصوم الشهر الثاني بالهلال كيفما اتفق لأن الأصل في اعتبار الشهور الشرعية الأهلّة قال تعالى: **﴿يسألونك عن الأهلّة قل هي مواقيت للناس والحج﴾** فإذا تعذر ذلك الأصل في الشهر الذي ابتدأ فيه الصوم لصومه في أثنائه ألغي اعتبار الهلال فيه، ورجعنا إلى ما يقوم مقامه وهو تكملة العدد ثلاثين بخلاف الشهر الثاني =

النُّزُولُ به من[1] دَرَجَةٍ إلى دَرَجَةٍ على ما مَرَّ في الكتاب.

وأما المُوجِبُ فَيَتَعَلَّقُ النَّظَرُ فيه بثلاثة أمور:

أحدها: القَتْلُ، وفيه مسائل:

إحداها: القَتْلُ العَمْدُ، وشِبْهُ العَمْدِ يُوجِبَانِ الكَفَّارَةَ كالخَطَأِ.

وقال أبو حَنِيفَةَ ومالك: لا كَفَّارَةَ في العَمْدِ، واختاره ابن المُنْذِرِ.

وعن أحمد روايتان كالمَذْهَبَيْنِ[2].

= فإن الأصل متحقق فيه، فلا يعدل عنه إلى غيره.
وقالت الحنفية يكمل الأول من الثاني، والثاني من الثالث حتى يتم العدد ستين يوماً ولهم قول كالأول ووجهتهم أنه لما فات اعتبار الشهر الأول بالهلال لوجود الصم في أثنائه فات اعتبار الشهر الثاني كذلك، فيكمل الأول من الثاني فلم يبق إلا أن يرجح إلى التقدير بالعدد وذلك مقولة يوماً.
وبالنظر في وجهة كل نجد أن الراجح مذهب غير الحنفية، لأن الشارع أمرنا بصيام شهرين. والشهور إذا أطلقت في لسان الشرع تنصرف إلى الهلالية فقط، فالواجب حينئذ في الكفارة صيام شهرين هلاليين فإذا تعذر اعتبار الهلال في أحد الشهرين احتجنا لتكميله ثلاثين من الثالث. ولا يقتضي هذا إلغاء الهلال في الشهر الثاني لأنه خروج عما اعتبره الشارع بدون مقتض.

(١) في ز: في.

(٢) بعد اتفاق الفقهاء على وجوب الكفارة في قتل الخطأ اختلفوا في وجوبها في غيره، كالعمد، وشبه العمد عند من يقول به.
فالإمام مالك، وأهل الظاهر يرون أن الكفارة لا تجب في العمد، ولا في شبه العمد.
ويرى المالكية: أن على القاتل عمداً إذا عفى عنه أن يكفر بما يكفر به القاتل خطأ على سبيل الندب، لا على سبيل الوجوب، ويُجْلَدُ مَائَةً، ويغرب سنة ويرى الحنفية: أن الكفارة تجب في شبه العمد دون العمد.
ويرى الشافعية: أنها تجب في كل قتل سواء كان خطأ أم عمداً، أم شبه عمد، وهو رواية عن الإمام أحمد.
استدل المالكية، ومن وافقهم بالآيتين السابقتين، ووجه الدلالة منهما أن الله سبحانه وتعالى قد ذكر فيهما ما يترتب على كل منهما، وما ذكره بجانب كل هو تمام ما وجب فيه، ولم يذكر بجانب قتل العمد كفارة، فعلم من ذلك أنها غير واجبة فيه، ولم يثبت من طريق صحيح ما يفيد وجوبها في غير الخطأ، فكان القول بالوجوب قولاً بلا دَلِيلٍ.
ونوقش هذا الدليل بأن الله ـ تعالى ـ لم يذكر بجانب قتل العمد جلد مائة للقاتل ولا تقريب سنة، ومع ذلك فالمستدل بالدليل السابق كالمالكية يوجبونها على القاتل عمداً إذا عفى عنه، فمن أين أخذوا ذلك؟
أليس ذلك ثابتاً عندهم بطريق القياس على الزَّانِي، فكان الأجدر بهم أن يقيسوا القتل عمداً على القتل خطأ؛ لأن جنس القتل بجمعهما.
واستدل الحنفية على عدم وجوبها في العمد بالآية السابقة، وعلى وجوبها في شبه العمد بقوله=

واحْتَجَّ الأَصْحَابُ بخبر وَاثِلَةَ، فإن اسْتِيجَابَ النَّارِ إنما يكون عند التَّعَمُّدِ، وبأنه قَتْلُ آدَمِيٍّ يوجب الضَّمَانَ، فيوجب الكَفَّارَةَ كالخَطَإِ، وبأن الكَفَّارَةَ لِلْجَبْرِ وإِصْلَاحِ الحال، والعامد أَحْوَجُ إليه، وصار كما في جَزَاءِ الصَّيْدِ، يستوي فيه العَامِدُ والمُخْطِىءُ.

وخِلَافُ أبي حنيفة في العَمْدِ الذي يوجب القِصَاصَ، واختلف أصحابه فيما لا يُوجِبُ كَقَتْلِ الوَالِدِ وَلَدَهُ، والسيد عَبْدَهُ، وحَكَىٰ القاضي الروياني فيما إذا اقتصَّ من المُتَعَمِّدِ، هل تَجِبُ الكَفَّارَةُ في مَالِهِ؟ وَجْهَيْنِ عن رِوَايَةِ أبي عَلِيٍّ بن أبي هُرَيْرَةَ، والطَّبَرِيِّ.

أصحهما: الوجوب؛ لأن حُقُوقَ الله ـ تعالى ـ الوَاجِبَةَ في المال لا تَسْقُطُ بالموت.

= تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ...﴾ الآية.

ووجه الاستدلال: أن شبه العمد فيه خطأ من وجه، فكان داخلاً في قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ...﴾ الآية. فيجب فيه ما يجب في الخطأ.

ويرد هذا الاستدلال بأن شبه العمد مغاير للعمد كما هو مغاير للخطأ، والآية لم يذكر فيها إلا الخطأ، كما أن الآية الثانية لم يذكر فيها إلا العمد، فكان مقتضى الاستدلال على عدم وجوب الكفارة في القتل عمداً بالآية السابقة عدم وجوبها أيضاً في شبه العمد، وإلا كان ذلك زيادة على النص، كما يقولون. وإثباتهم الكفارة في شبه العمد ظهر أنه بالقياس على الخطأ لوجود ما يجمعها، فيجب القول بثبوتها كذلك في القتل عمداً بالقياس على القتل خطأ، لاشتراكهما معاً في جنس القتل، ولا يفيدهم القول بأن الكفارات لا تثبت بالقياس بعد ما ثَبَتَ من قولهم به ثبوت الكفارة في شبه العمد، وبعد ما ظهر أن ذلك بالقياس على الخطأ.

واستدل الشَّافِعِيَّةُ على وجوبها في غير الخطأ بما رواه أحمد، وأبو داود، والنَّسَائِي عن وَاثِلَةَ بن الأَسْقَعِ قال: أتينا رَسُولِ اللَّهِ ﷺ في صَاحِبٍ لَنَا أَوْجَبَ «يَعْنِي النَّارَ بِالْقَتْلِ» فَقَالَ: «أَعْتِقُوا عَنْهُ يَعْتِقْ اللَّهُ بِكُلِّ عُضْوٍ مِنْهُ عُضْواً مِنْهُ مِنَ النَّارِ».

ووجه الدلالة أن النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ السائلين بأن يعتقوا رَقَبَةً عمن مات، وقد استحق النار بالقتل، ومعلوم أن الذي يستحق النار بالقتل هو من قتل قتلاً عمداً، أو شبه عمد؛ لأن القاتل خطأ لا يستحق النار بالقتل اتفاقاً لعذره بالخطأ مصداقاً لقوله عليه الصلاة والسلام: «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ، وَالنِّسْيَانُ، وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ» والأمر للوجوب، فكانت الكفارة في غير الخطأ واجبة، وبذلك يكون هذا الحديث مبيناً أن المذكور في الآية المتعلقة بالقتل العمد ليس هو كل جزاء القاتل، بل يكون هذا جزاءه إن لم يخرج الكفارة، وإذا كانت الكفارة ثابتة في الخطأ مع أنه لا إثم فيه، فلا شك أن ثبوتها في القتل العمد من باب أولى، لأن الكفارة شأنها أن تكفر، وتستر ما وقع من ذنب أو خطيئة، وذلك في العمد متحقق بأجلى معانيه؛ لأن الإثم فيه عظيم، والجرم فيه كبير.

ومما تقدم يظهر لنا رجحان مذهب الشافعية؛ لأن دليلهم لم يرد عليه ما ورد على غيره من مناقشات تجعله غير صالح للاستدلال به، ولكن ينبغي أن يفصل بين من اقتص منه، فلا تجب عليه كفارة؛ لأن القصاص نفسه كفارة، كما تقدم في مبحث «الْحُدُودُ كَفَّارَاتٌ» وبين من لم يقتص منه فتجب عليه، ويؤيد هذا الحديث المذكور عن واثلة بن الأسقع.

والثاني: تَسْقُطُ؛ لأنه سلم نَفْسَهُ قِصَاصاً مما اسْتَوْفَاهُ، فيكتفي[١] بها، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «القَتْلُ كَفَّارَةٌ»[٢].

فعلى هذا إنما يَجِبُ إِخْرَاجُ الكَفَّارَةِ إذا لم يُقْتَصَّ منه، بأن مات، أو عُفِيَ عنه.

الثانية[٣]: القَتْلُ بالمُبَاشَرَةِ، كالقَتْلِ بالتَّسَبُّبِ يستويان في تَعْلِيقِ الكَفَّارَةِ بهما، كما يستويان في وُجُوبِ الضَّمَانِ، حتى تجب الكَفَّارَةُ على حَافِرِ البِئْرِ في مكان التَّعَدِّي وعلى من نَصَبَ شَبَكَةً، فَهَلَكَ بها إِنْسَانٌ، وعلى المُكْره وشَاهِدِ الزُّورِ.

وقال أبو حَنِيفَةَ: لا تجب الكَفَّارَةُ بالقتل بالتَّسَبُّبِ.

وقَرُبَ من هذا الخِلَافِ الخِلَافُ فيما إذا ضرب بطن[٤] حَامِلٍ، فَأَلْقَتْ جنيناً مَيِّتاً، هل تلزمه الكَفَّارَةُ؟ فعنده لا تَلْزَمُ.

واحتج الأصحاب عليه بما رُوِيَ أن عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - صَاحَ بامْرَأَةٍ، فَأَسْقَطَتِ الجَنِينِ، فَأَعْتَقَ عمر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - غُرَّةً، وبأنه شخص يضمن بالجِنَايَةِ للآدمي، فيضمن بالكَفَّارَةِ كالمَوْلُودِ.

الثالثة: القَتْلُ المُبَاحُ لا يوجب الكَفَّارَةَ، وذلك كَقَتْلِ مُسْتَحِقِّ القِصَاصِ الجَانِيَ، وكقتل الصَّائِلِ والبَاغِي.

ويعني بالمُبَاحِ ما رُخِّصَ فيه، ومُكِّنَ منه. والخَطَأُ لا يُوصَفُ بكونه مُبَاحاً، كما لا يُوصَفُ بكونه حَرَاماً، بل المُخْطِئُ غير مُكَلَّفٍ فيما هو مخطىء فيه.

والثاني: القَاتِلُ، وفيه مسائل:

إحداها: تجب الكَفَّارَةُ على الذِّمِّيِّ والعَبْدِ، كما يَتَعَلَّقُ بقتلهما القِصَاصُ والضَّمَانُ، وفي مال الصبي والمَجْنُونِ إذا قَتَلَا[٥] أيضاً ولا تجب عليهما الكَفَّارَةُ بالوِقَاعِ

---

(١) في ز: فيكفي.

(٢) رواه أبو نعيم في المعرفة من حديث خزيمة بن ثابت، وفيه ابن لهيعة. لكنه من حديث ابن وهب عنه فيكون حسناً، ورواه الطبراني في الكبير عن الحسن بن عليّ موقوفاً عليه، والأصل فيه حديث عبادة بن الصامت في صحيح مسلم: من أتى منكم حداً فأقيم عليه، فهو كفارة، الحديث وهو في البخاري بلفظ: فهو كفارته. قاله الحافظ في التلخيص.

(٣) في أ: الثاني.

(٤) في ز: على.

(٥) أي وكذا في مال السفيه إذا قتل. كذا قاله الشيخ جلال الدين البلقيني قال: ولم يتعرضوا له ولا يلحق بالأيمان والظهار لأن كفارة القتل أجريت مجرى الاتلافات فيلزمه كالضمان أي ضمان المتلفات. وما ذكره الشيخ جلال الدين أحسن مما ذكره الزركشي في الخادم وفي كلام الشيخ جلال الدين البلقيني جواب ما ذكره الزركشي.

في نَهَارِ رَمَضَانَ؛ لأنه لا تَعَدِّي منهما، والتَّعَدِّي شَرْطٌ في وجوب تلك الكَفَّارَةِ.

وإذا وجبت الكَفَّارَةُ على الصبي والمَجْنُونِ، أَعْتَقَ الوَلِيُّ من مالهما، كما يُخْرِجُ الزَّكَاةَ والفِطْرَةَ، ولا يصوم منهما بِحَالٍ.

ولو صام الصَّبِيُّ في صِغَرِهِ فهل يُعْتَدُّ به؟ فيه وجهان؛ بناء على ما لو قَضَى في الصِّغَرِ حَجَّتَهُ التي أفسدها[1]، هل يُعْتَدُّ به؟ فيه وجهان، أو قولان.

وإذا جعلنا الإِطْعَامَ في هذه الكَفَّارَةِ مَدْخَلاً، فيطعم الوَلِيُّ إن كانا من أَهْلِ الإِطْعَامِ، وينبغي أن يقال: إذا اعْتَدَدْنَا بِصَوْمِ الصبي في الصِّغَرِ، فلا يجوز العُدُولُ إلى الإِطْعَامِ، وإلا فيجوز كما في المَجْنُونِ.

ولو أَعْتَقَ الوَلِيُّ من مال نَفْسِهِ عنهما، أو أطعم، قال في «التهذيب»: يجوز ذلك إن كان الوَلِيُّ أَباً أو جَدّاً فكأنه[2] ملكهما، ثم نَابَ عنهما في الإِعْتَاقِ والإطعام.

وإن كان وَصِيّاً أو قَيِّماً لم يَجُزْ حتى يَقْبَلَ القاضي التَّمْلِيكَ، ثم يعتق عنهما القَيِّمُ أو يُطْعِمُ. وعند أبي حَنِيفَةَ: لا تجب الكَفَّارَةُ على الصَّبِيِّ والمجنون، ولا على الذِّمِّيِّ، ولا [على][3] العَبْدِ، ولا تجب الكَفَّارَةُ على الحَرْبِيِّ؛ لأنه غير مُلْتَزِمٍ.

الثانية: هل تجب الكَفَّارَةُ على من قَتَلَ نَفْسَهُ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا [تجب][4]، كما لا يجب الضَّمَانُ.

وأصحهما: أنها تَجِبُ، وتخرج من تَرِكَتِهِ؛ لأنه مَعْصُومٌ كغيره، ويحرم عليه قَتْلُ نفسه، كما يَحْرُمُ على[5] غيره قَتْلُهُ.

وقَرُبَ من هذا الخِلاَفِ الخِلاَفُ فيما إذا حَفَرَ بِئْراً في مَحَلِّ عدوان، فَتَرَدَّى فيها بعد مَوْتِهِ إِنْسَانٌ، هل تجب الكَفَّارَةُ؟ ووجه المنع في الصورتين بأن في الكَفَّارَةِ معنى العِبَادَةِ، ويبعد أن يَنْشَأَ إِيجَابُ العِبَادَةِ على المَيِّتِ.

الثالثة: في الشُّرَكَاءِ في القَتْلِ وجهان:

أحدهما: أنه يجب على جميعهم كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ، كما أن الشُّرَكَاءَ في قَتْلِ الصيد يَلْزَمُهُمْ جَزَاءٌ وَاحِدٌ، وقد يُعَدُّ هذا قَوْلاً، ويُنْسَبُ إلى رواية أبي عَلِيٍّ الطبري.

والأصح: أنه يجب على كُلِّ واحد كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ، ووُجِّهَ بأن الكَفَّارَةَ لا تَتَبَعَّضُ،

---

(١) قضية التشبيه الأجزاء فإن الأصح أن الصبي إذا فسد حجة بالجماع وقضى في صغره جزاه.

(٢) في ز: وكأنه.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) في أ: عليه قتل غيره.

ألا ترى أنها لا تَنْقَسِمُ على الأَطْرَافِ، وما لا يَتَبَعَّضُ إذا اشترك الجَمَاعَةُ في سببه، وَجَبَ على كُلِّ واحد بِكَمَالِهِ كالقِصَاصِ، وبأن فيها معنى العِبَادَةِ، والعِبَادَةُ الوَاحِدَةُ لا تَتَوَزَّعُ على الجَمَاعَةِ. وأما المَقْتُولُ، فالشرط فيه أن يكون آدَمِيّاً مَعْصُوماً بأَمَانٍ، أو إِيمَانٍ، وفيه مسألتان:

إحداهما: تجب الكَفَّارَةُ بِقَتْلِ العاقل، والمجنون، والصَّبِيِّ، والبالغ، والمسلم، والذِّمِّيِّ، والحُرِّ، والعَبْدِ، حتى يجب على السَّيِّدِ في قَتْلِ عَبْدِهِ لِحَقِّ الله - تعالى - بخلاف القِصَاصِ[1]، فإنه إذا وَجَبَ وَجَبَ للسَّيِّدِ.

وعن مالك أنها لا تجب بقتل الذمي، ولا بقتل العَبْدِ، ويُرْوَى عنه أنها لا تجب على السيد في قَتْلِ عَبْدِهِ خاصَّةً.

قال الرُّويَانِيُّ: ولا يَصِحُّ ذلك عنه، واحْتَجَّ الأَصْحَابُ بقوله تعالى: **﴿وَإِنْ كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ﴾** [النساء: ٩٢] وَبِإِطْلَاقِ قوله تعالى: **﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً...﴾** [النساء: ٩٢] الآية.

فإنه يشمل الحرَّ والعَبْدَ، ولا تجب الكَفَّارَةُ بِقَتْلِ الحَرْبِيِّ، فإنا مَأْمُورُونَ بِقَتْلِهِ، ولا يقتل المُرْتَدِّ، فإنه مُهْدَرٌ مُرَاقُ الدَّمِ، إلا أنه فُوِّضَ قَتْلُهُ إلى رَأْيٍ مُعَيَّنٍ لِمَصْلَحَةٍ اقْتَضَتْهُ.

وبمثله أَجَابُوا في قَاطِعِ الطريق.

والزاني[2] المُحْصَنُ، ولم يُورِدُوا فيه خِلَافاً، لكن قد سَبَقَ ذِكْرُ خلاف في القِصَاصِ، ولا يَبْعُدُ مَجِيئُهُ في الكَفَّارَةِ، ولا تجب بِقَتْلِ نساء أهل الحَرْبِ[3] وذَرَارِيهِمْ. إن كان قَتْلُهُمْ مُحَرَّماً؛ لأن المَنْعَ من قتلهم ليس لحُرْمَتِهِمْ ورِعَايَةِ مَصْلَحَتِهِمْ، ولذلك لا يَتَعَلَّقُ به ضَمَانٌ، وإنما هو لِمَصْلَحَةِ المسلمين حتى لا يَفُوتَهُمُ الارْتِفَاقُ بهم.

والثانية: إذا قتل مُسْلِماً في دار الحَرْبِ، وجبت الكَفَّارَةُ بكل حَالٍ، قال الله تعالى: **﴿وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾** [النساء: ٩٢] المعنى على ما نَقَلَ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وغيره: وإن كان في قَوْمٍ عَدُوٍّ لكم، فأما القصاص والدية، فإن ظَنَّهُ القَاتِلُ كافراً؛ لكونه على زِيِّ أهل الشِّرْكِ، فلا قِصَاصَ، وفي الدِّيَةِ قولان، قد سبق ذلك في الجِرَاحِ وإلا فأحسن ترتيب فيه ما أَوْرَدَهُ في «التهذيب»، وهو أنه إن عَرَفَ مَكَانَهُ، فهو كما لو قَتَلَهُ في دَارِ الإسلام، حتى إذا قَصَدَ قَتْلَهَ يجب القِصَاصُ أو الدية المُغَلَّظَةُ في مَالِهِ مع الكفارة.

---

(١) في ز: الضمان.
(٢) في ز: والثاني.
(٣) في أ: الذمة.

وإذا قَصَدَ غَيْرَهُ فَأَصَابَهُ، يجب الدِّيَةُ المُخَفَّفَةُ[١] على العَاقِلَةِ مع الكَفَّارَةِ، وإن لم يَعْرِفْ مكانه، ورَمَىٰ سَهْماً إلى صَفِّ الكُفَّارِ في دَارِ الحَرْبِ، سواء عرف أن في الدَّارِ مسلماً، أو لم يعرف، فَيُنْظَرُ إن رَمَىٰ ولم يُعَيِّنْ شخصاً، أو عَيَّنَ كافراً فَأَخْطَأَ، وأصاب المُسْلِمَ، فلا قِصَاصَ ولا دِيَةَ.

وكذا لو قَتَلَهُ في بَيَانٍ أو غَارَةٍ، ولم يعرف وإن عَيَّنَ شخصاً، فَأَصَابَهُ، فإذا هو مسلم فلا قِصَاصَ، وفي الدِّيَةِ قولان:

أحدهما: تجب؛ لأنه قَصَدَ قَتْلَهُ.

والثاني: المَنْعُ؛ لأنه جَاهِلٌ بحاله[٢]، فَأَشْبَهَ ما لو لم يُعَيِّنْ شخصاً، ويشبه أن يكون هَذَانِ القولانِ هما القَوْلاَنِ المذكوران فيما إذا قَتَلَ مَنْ ظَنَّهُ كَافِراً؛ لكونه على زِيِّ أَهْلِ الشرك؛ لأن كونه مع الكُفَّارِ في صَفِّ القتال يُغَلِّبُ على الظن كَوْنَهُ كَافِراً.

وقد سَبَقَ أن الأَظْهَرَ منهما أنه لا تَجِبُ الدِّيَةُ، قال: ولو دَخَلَ الكُفَّارُ دار الإسلام، فَرَمَىٰ إلى صَفِّهِمْ، فَأَصَابَ مسلماً، فهو كما لو رَمَى إلى صَفِّهِمْ في دار الحَرْبِ، فهذا ما سَاقَهُ.

وأما صاحب الكتاب، فإنه نَقَلَ الحُكْمَ في الدِّيَةِ على وَجْهٍ آخر، فقال: إن لم يعلم أن فيهم مسلماً لم تَجِبِ الدِّيَةُ قَطْعاً.

وإن عَلِمَ أن فيهم مسلماً ولم يَقْصِدْهُ، ولكن قصد كَافِراً، فَأَصَابَهُ، ففيه طريقان:

أحدهما: القَطْعُ بوجوب الدِّيَةِ، ونَظْمُ الكتاب يَقْتَضِي تَرْجِيحَهُ.

والثاني: عن الشيخ أبي مُحَمَّدٍ أنه على قولين، كما إذا قَصَدَ شَخْصاً بِعَيْنِهِ، ظَنَّهُ كافراً؛ لكونه على زِيِّ الكُفَّارِ، وكان قد أَسْلَمَ من قَبْلُ، وبقي على زِيِّهِمْ. والطريقة الأُولَى أَقْرَبُ.

وقد يقال: القَطْعُ بوجوب الدِّيَةِ فيما إذا قَصَدَ الشَّخْصَ بِعَيْنِهِ، فَبَانَ مُسْلِماً، أَوْلَى من القَطْعِ فيما إذا قَصَدَ غيره، فَأَصَابَهُ [والله أعلم].

الفصل الثاني: فيما يَتَعَلَّقُ بِنَظْمِ الكتاب وحَلِّهِ.

قوله: «كل حَيٍّ» قصد به الاحْتِرَازِ عما إذا قَتَلَ نَفْسَهُ، وعما[٣] إذا حَفَرَ بِئْراً، فَتَرَدَّى فيها غَيْرُهُ بعد موته [إنسان][٤]، وقد ذكرنا الخِلاَفَ فيهما.

---

(١) في ز: المحققة.

(٢) في ز: بالحال.

(٣) في ز: وما.

(٤) سقط في ز.

واخْتِيَارُ الإمَامِ أنه لا تجب الكَفَّارَةُ. وقوله: «ملتزم» احْتَرَزَ به عن الحَرْبِيِّ.

وقوله: «غير مُبَاح»، يخرج عنه قَتْلُ الصَّائِلِ والبَاغِي، وقَتْلُ مُسْتَحِقِّ القِصَاصِ الجَانِيَ. وقوله: «آدَمِيًّا» يخرج عنه البَهَائِمُ، ويدخل فيه الجَنِينُ.

وقوله: «مَعْصُوماً» يعني بالأَمَانِ، أو الإيمان على ما تَبَيَّنَ.

وقوله: «حفر البِئْر» مُعْلَمٌ بالحاء.

وكذا قوله: «على الصَّبِيِّ والمجنون».

وقوله: «ومن عليه القِصَاصُ»، يعني إذا قتله المستحق [فأما إذا قتله غَيره](١)، فتجب الكَفَّارَةُ عليه، ومن عليه الرَّجْمُ، وهو الزَّانِي المُحْصَنُ لا كَفَّارَةَ على من قَتَلَهُ من الناس على ما سَبَقَ، فكان الأَوْلَى أن يُؤَخِّرَ الكَلاَمَ في قَتْلِ الصائل، ومن عليه القِصَاصُ والرَّجْمُ عن قَتْلِ الحربي وقَتْلِ النَّفْسِ.

ومسألة(٢) التَّرَدِّي بعد مَوْتِ الحَافِرِ؛ لتكون المسائل المتعلقة بطرف القاتل مَجْمُوعَةً، والمُتَعَلِّقَةُ بطرف المَقْتُولِ مَجْمُوعة.

وقوله: «ويجب في المُعَاهَدِ والمَمْلُوكِ»، يجوز أن يُعْلَمَ بالميم.

وقوله: «إذا قَتَلَهُ السَّيد»، كأنه يقول: وإن قَتَلَهُ السَّيد.

وإذا تَبَيَّنَ وُجُوبُ الكَفَّارَةِ على السيد بِقَتْلِ عَبْدِهِ، فغير السيد أَوْلَى بالوجوب.

وقوله: «وكذا في المُسْلِمِ، وإن كان في دَارِ الحَرْبِ»، يشير به إلى [أن] كونه في دَارِ الحرب، وتركه الهِجْرَةَ لا يمنع وُجُوبَ الكَفَّارَةِ، وإن كان مُقَصِّراً به، ولا فَرْقَ عندنا بين من خَرَجَ من دَارِ الإسلام إلى دَارِ الحرب، وبين من أَسْلَمَ ولم يَخْرُجْ إلى دار الإسلام.

وعند أبي حَنِيفَةَ: إن أَسْلَمَ ولم يخرج إِلَيْنَا، فلا دِيَةَ، وتجب الكَفَّارَةُ، وإن خَرَجَ مُسْلِمٌ إليهم، فإن كان في صَفِّ المشركين، فَقُتِلَ، فلا دِيَةَ ولا كَفَّارَةَ، وإلاَّ فيجبان.

وإن قُتِلَ أَسِيرٌ، فلا دِيَةَ، وتجب الكَفَّارَةُ. وعند مالك: تجب الدية والكَفَّارَةُ بكل حَالٍ، ويجوز أن يُعْلَمَ لما ذكرنا. قوله: «وإن كان في دَارِ الحَرْب» بالحاء؛ لأنه قد لا يوجب [الكفارة](٣) إذا كان في دَارِ الحرب.

وقوله: «ولا دِيَة» بالميم.

---

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: ومثله.

(٣) سقط في ز.

وقوله: «إذا كان في صَفّ الكُفَّارِ» صُورَةُ القولين، ما إذا ظَنَّ كَوْنَهُ كَافِراً على ما مَرَّ، وكَوْنُهُ في صَفّ الكفار طَرِيقٌ في إِثَارَةِ الظَّنِّ بكونه كَافِراً، فكأنه[1] وضع ذلك مَوْضِعَ قوله: «إذا ظنَّ كونه كَافِراً».

ومسألة الشَّرِيكِ في القَتْلِ لو ذكرها مع الصُّورَةِ المتعلقة بطرف[2] القاتل كان أَحْسَنَ [وَأَوْلَىٰ]، والله أعلم [بالصواب][3].

تم الجزء العاشر، ويليه الجزء الحادي عشر

وأوله: «كتاب دعوى الدم»

---

(١) في ز: وكأنه.

(٢) في ز: بطريق.

(٣) سقط في ز.

الفهرس

كتاب النفقات

كتاب الجراح

كتاب الدّيات